

DERECHO
RINCIPIOS GENERALES
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 3

Gabriela Marta
Alonso Pérez
Mirta Beatriz Álvarez
René Angulo
Christian Fabrizio
Basaldúa Chíncha
Laura Bierzychudek
Daniel G. Bonjour
Emiliano J. Buis
Victoria Cali
Laura Echenique
María Cristina Filippi
Darwin André Fuentes

Juan Carlos Ghirardi
Rodrigo Leandro Guelar
Patricio Lazo González
Norma Alicia Juárez
Lourdes Llorvandi
Laura Liliana Miceli
Marilina Andrea Miceli
Sebastián Mieszkowski
José María Monzón
Gabriela Victoria Morel
Leticia Inés Núñez
Sergio R. Núñez
y Ruiz Díaz

Soledad Andrea Peralta
Norberto Darío Rinaldi
Claudia Alicia Rezek
Luis Rodríguez Ennes
Julieta Salomé Rodríguez
Mariana Verónica
Sconda
Ana Vázquez Lemos
Adrián Vedía
Alfonso Murillo Villar
Henar Murillo Villar

UFLO
UNIVERSIDAD

Universidad de Flores

Rectora

Arq. Ruth Fische

Facultad de Derecho

Decana

Dra. Cecilia Garau

Director de la carrera de Abogacía

Dr. Juan Carlos Carretero

2024.- 604 pág.; 15 x 23 cm.

ISBN: 978-987-710-125-6

Diseño de portada: María Cecilia Kowalewicz

Maquetación: María Cecilia Kowalewicz

© Editorial de la Universidad de Flores, 2024

Octubre de 2024.

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.

Estudio sobre principios generales y derecho Romano Vol. 3 /
Mirta Alvarez ... [et al.] ; Compilación de Mirta Alvarez. - 1a ed. -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad de Flores, 2024.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga
ISBN 978-987-710-125-6

1. Derecho Romano. I. Alvarez, Mirta II. Alvarez, Mirta, comp.
CDD 340

Índice

Prólogo	9
Norberto Darío Rinaldi	

Crónica del X Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano	12
Mirta Beatriz Álvarez	

Conferencias

Entre el equilibrio y la imposición: Polibio y una mirada realista de los primeros tratados romano-cartagineses	16
Emiliano J. Buis	

¿Es poder trabajar bajo relación de dependencia a cambio de una remuneración un principio general del derecho?	47
Juan Carlos Ghirardi	

In dubiis	65
Patricio Lazo González	

La resurrección de la adoptio romana en la codificación napoleónica y en el derecho civil español	88
Luis Rodríguez Ennes	

Ponencias

Quintiliano, el lenguaje claro y el auditorio	116
Gabriela Marta Alonsopérez	

El principio nemo plus iuris, olvidado en un decisorio	155
Mirta Beatriz Álvarez	

La responsabilidad por daños causados por animales (cuadrúpedos) en el derecho romano justiniano: ¿en qué supuestos no responde el dueño?	172
Christian Fabrizio Basaldúa Chinchá	

Expresiones oscuras	200
Laura Bierzychudek	

El carácter monogámico del matrimonio romano y el rechazo a la bigamia	215
María Cristina Filippi, Laura Echenique y Lourdes Llorvandi	

La “responsabilidad” del arrendador y la asunción de los riesgos como criterio de imputación	235
Darwin André Fuentes Coaguila	

Cambios y oportunidades en el derecho del segundo reino de los burgundios: entre la Antigüedad Tardía y la Alta Edad Media 258
Rodrigo Leandro Guelar

El Estado benefactor a través de las sociedades de beneficencia en Roma y Argentina. Algunas consideraciones 277
Norma Alicia Juárez y Soledad Andrea Peralta

La tributación romana y los principios vigentes 305
Marilina Andrea Miceli, Leticia Inés Núñez y Daniel G. Bonjour
(con la colaboración de los estudiantes René Angulo y Victoria Cali)

La legítima defensa: su regulación en Roma y su vigencia en nuestro Código Penal. Análisis a través de la jurisprudencia 321
Laura Liliana Micieli y Adrián Vedia

El derecho de representación 341
Sebastián Mieszkowski

La historia romana según los historiadores marxistas 354
José María Monzón

Principio de la personalidad diferenciada de las personas jurídicas 382
Gabriela Victoria Morel

El proceso de recepción de la *specificatio romana* 392
Henar Murillo Villar y Alfonso Murillo Villar

Don Juan del Castillo Sotomayor (1563-1640), un olvidado jurista del siglo XVII	431
Sergio R. Núñez y Ruiz Díaz	
Uniones convivenciales. Su regulación en el derecho romano y en el Código Civil y Comercial la Nación Argentina	445
Claudia Alicia Rezek	
Los animales no humanos y el derecho desde Roma a la actualidad	463
Julieta Salomé Rodríguez	
El principio romano pacta sunt servanda: origen, evolución y recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina	505
Mariana Verónica Sconda	
¿Es la libertad de testar un principio general del derecho?	564
Ana Vázquez Lemos	

Prólogo

Por Norberto Darío Rinaldi

Una vez más, gracias al esfuerzo de la Facultad de Derecho de UFLO Universidad se presentan en este volumen los trabajos aportados por los participantes de las jornadas correspondientes al desarrollo del Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano que se llevara acabo los días 27 y 28 de octubre de 2023.

En esta ocasión se trata del décimo evento anual que, como todos los anteriores, reúne los aportes académicos de especialistas argentinos, latinoamericanos y europeos en torno a un temario amplio referido a la inocultable vinculación de los principios generales del derecho y el derecho romano.

En el capítulo destinado a las conferencias dictadas en el evento se exponen los valiosos trabajos aportados por el profesor cordobés Dr. Juan Carlos Ghirardi, que mezcló un tema del moderno derecho laboral con los principios generales y el derecho romano planteando la cuestión sobre el trabajo en relación de dependencia y su remuneración económica, y la colaboración del profesor chileno Dr. Patricio Lazo González, catedrático de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, que hizo un profundo estudio sobre un tema clásico del derecho romano: *in dubiis*.

Se agrega también la conferencia dictada por el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Emiliano Buis, que incursiona en una importante cuestión del derecho público romano sobre la relación entre los límites de los acuerdos y las imposiciones en las relaciones internacionales.

También se encuentra en este volumen el texto de la conferencia que no pudo dar por problemas informáticos el prestigioso profesor español, doctor *honoris causa* por UFLO Universidad, Luis Rodríguez Ennes, pero tuvo la amabilidad de enviar el texto para que pudiera ser publicado, gesto que se agradece, que trata sobre la forma en que el Código de Napoleón y el derecho civil español han receptado la doctrina romana sobre la adopción.

Integran también el presente libro diecinueve ponencias expuestas por sus autores que, aprovechando la amplitud del temario, tratan de los más diversos temas, aunque siempre dirigidos, en última instancia, a los principios generales y el derecho romano.

Están a disposición de los lectores las ponencias sobre principios de la profesora Mirta Beatriz Álvarez sobre la forma en que se trata (o no se trata) el *nemo plus iuris* en un decisorio; el trabajo presentado por la profesora Mariana Sconda sobre el origen y recepción en la moderna legislación argentina del *pacta sunt servanda*; y de la profesora Gabriela Morel sobre la personalidad diferenciada de las personas jurídicas. Todas ellas son integrantes del equipo de investigación de UFLO Universidad.

También pueden considerarse referidas al tema de los principios jurídicos las colaboraciones efectuadas por el profesor Fuentes Coaguila sobre la responsabilidades y la asunción de riesgos en contratos de locación; la investigación realizada por un grupo de profesores y alumnos de la Universidad Kennedy sobre temas impositivos en Roma y su trascendencia en principios vigentes; y el trabajo presentado por la profesora Ana Vázquez Lemos, que formula la pregunta sobre si es la libertad de testar un principio del derecho romano.

Los animales también han tenido su espacio en el temario a través

de dos trabajos, uno de la profesora Julieta Rodríguez sobre los animales “no humanos”, que parece considerar a los seres humanos como una especie animal, y otro del profesor Basaldúa Chinchá sobre la responsabilidad por daños causados por cuadrúpedos en el derecho justinianeo.

La recepción de leyes romanas en el derecho contemporáneo es el común denominador en los aportes de la profesora Claudia Rezek, los profesores Henar y Alfonso Murillo, las profesoras de la Universidad Nacional de Córdoba Norma Juárez y Soledad Peralta y los profesores de Universidad Nacional de La Rioja Laura Micieli y Adrián Vedia.

Completan la amplia gama de ponencias incorporadas a esta recopilación la de la profesora Laura Bierzychudek sobre las “expresiones oscuras”; la del becario alumno de UFLO Universidad, Sebastián Mieszkowski, acerca del derecho de representación; la de la profesora Gabriela Alonsopérez sobre el lenguaje claro y Quintiliano; el aporte de Sergio Núñez Ruiz-Díaz sobre la usucapión vista por un jurista del siglo XVII; y el punto de vista marxista sobre la historia romana según el profesor José María Monzón y sobre el segundo reino de los burgundios del profesor Rodrigo Guelar.

La gran variedad de temas que integran este libro excede al derecho romano y los principios jurídicos, que, por cierto, son la base principal de los trabajos presentados en este décimo congreso, adentrándose en los muy distintos aspectos jurídicos que interesan a los especialistas modernos y permiten conocer no solo el valor de la trascendente recepción moderna de los principios jurídicos romanos, sino también aprovechar el legado de los juristas de los primeros siglos de nuestra era, proyectándolo en el mundo joven del siglo XXI.

Crónica del X Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano

Por Mirta Beatriz Álvarez

Los días 27 y 28 de octubre de 2023 se celebró, de manera presencial y virtual, el X 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”.

Durante la ceremonia de apertura se rindió homenaje a dos profesores de derecho romano argentinos fallecidos a fines de 2022, Luis Aníbal Maggio y Héctor Eduardo Lazzaro, quienes integraron los comités académicos de los anteriores congresos. También se recordó al profesor Justo García Sánchez, quien fuera fundador y primer presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM), fallecido hace pocos meses.

A continuación de la ceremonia de apertura, se leyó la salutación del profesor Luis Rodríguez Ennes, de la Universidad de Vigo (España) y doctor *honoris causa* de UFLO Universidad, que no pudo conectarse pero envió el texto de su conferencia titulada “La resurrección de la *adoptio* romana en la codificación napoleónica y en el derecho civil español” para su publicación.

La conferencia inaugural fue pronunciada en forma presencial por el profesor Patricio Lazo González, catedrático de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, sobre el tema “*In dubiis*”.

Como cierre de la primera jornada, el doctor Juan Carlos Ghirardi, de la Universidad Nacional de Córdoba y presidente emérito de ADRA, disertó de forma virtual sobre el tema “¿Es poder trabajar bajo relación de dependencia a cambio de una remuneración un principio general del derecho?”.

Promediando la segunda jornada tuvo lugar la conferencia presencial del doctor Emiliano Buis (UBA, CONICET, UNICEN) sobre el tema “Entre el acuerdo y la imposición: un análisis performativo de los tratados romano-púnicos”.

La segunda conferencia de la jornada del sábado estuvo a cargo de la profesora Elvira Méndez Chang, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de manera virtual, sobre el tema “La protección del ser humano en el derecho romano justiniano”.

Se expusieron y debatieron más de treinta ponencias de altísimo nivel, presentadas por profesores de distintas áreas del derecho (romanas, historiadores, de filosofía y de teoría del derecho) provenientes de distintos puntos de nuestro país y del exterior. Quienes participaron en forma virtual lo hicieron a través de un video previamente enviado, para evitar problemas de conexión.

Asimismo, hubo un espacio para que diversos equipos de investigación expusieran sus avances: el de UFLO Universidad, de la Universidad Católica de Córdoba, de la Universidad del Salvador y de la Universidad Kennedy.

La asistencia fue muy numerosa, tanto de profesores como de alumnos, llegando a más de 80 inscriptos.

Asistieron profesores de las siguientes universidades del país: UFLO, UBA, del Salvador, Kennedy, UAI, UCA, de Morón, Nacional de José C. Paz, de San Isidro, de Belgrano, Nacional del Centro (UNICEN), de San Andrés, Nacional de Córdoba, Católica de Córdoba, Nacional de Tucumán, Nacional de La Rioja, Nacional de La Plata,

Nacional de Lomas de Zamora, Nacional de La Matanza, Nacional de Cuyo, Católica de La Plata, Católica de Santiago del Estero, Católica de Salta y Universidad del Este. También participaron profesores de la Universidad de Oviedo, de la Universidad de Burgos, de la Universidad de Vigo, de la Universidad de Málaga, de la Universidad Internacional de Valencia y de la Pontificia Universidad Católica de Perú. Asistió y expuso de manera presencial un profesor de la Universidad San Marcos de Lima, alumno de la Maestría de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Estuvieron presentes el presidente, la vicepresidente y la secretaria actuales de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA), cinco presidentes eméritos de ADRA, el director y la secretaria del Instituto de Derecho Romano del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, el director del Departamento de Derecho Romano y Arqueología Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y el director y el secretario del Instituto de Derecho Romano y Cultura Clásica de la Universidad Católica de La Plata. También participaron virtualmente el presidente y la secretaria de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM).

El Comité Académico estuvo integrado por José Carlos Costa (UBA, USAL, de Belgrano), Laura Matilde Echenique (Universidad Nacional de Córdoba y Católica de Córdoba), Susana Isabel Estrada (Universidad Nacional de Tucumán y Católica de Santiago del Estero), María Cristina Filippi (Universidad Nacional de Córdoba y Católica de Córdoba), Haroldo Gavernet (Universidad Nacional de La Plata y Católica de La Plata), Laura Liliana Miceli (Universidad Nacional de La Rioja), Néstor Alberto Raymundo (UCA, Universidad Nacional de Lomas de Zamora), Claudia Alicia Rezek (Universidad Nacional de Lomas de Zamora) y Susana Elena Rocandio (Universidad Nacional de Cuyo).

El comité organizador estuvo a cargo de las profesoras Mirta Beatriz Álvarez, Mariana Verónica Sonda y Julieta Salomé Rodríguez,

integrantes del equipo de investigación de UFLO Universidad, y el profesor Norberto Darío Rinaldi por el Instituto de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina “Dr. Ángel Lapieza Elli”.

El evento contó con el auspicio de ADRA. Asimismo, se recibieron adhesiones del Instituto de Derecho Romano y Cultura Clásica (UCALP), del Departamento de Derecho Romano y Arqueología Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, del Instituto de Derecho Romano de la Universidad Católica de Córdoba “Dr. Agustín Díaz Bialet”, de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora y de la Universidad Católica de Santiago del Estero, y el auspicio académico del Rectorado de la Universidad Católica de Córdoba.

Durante el transcurso del Congreso, se presentó, en formato electrónico, el libro *Estudio sobre Principios Generales y Derecho Romano. Volumen 2*, editado por UFLO Universidad, con los trabajos presentados en el IX Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano de 2022.

La coordinación general del evento estuvo a cargo de la profesora Mirta Beatriz Álvarez, directora del Centro de Investigaciones Romanísticas de la Facultad de Derecho de UFLO Universidad.

Entre el equilibrio y la imposición: Polibio y una mirada realista de los primeros tratados romano-cartagineses

Por Emiliano J. Buis¹

I. Introducción

En el marco de un proyecto de investigación que pretende contribuir a una mayor comprensión de las bases regulatorias y los principios propios del derecho internacional vigentes antes de la

¹ Abogado, Licenciado, Doctor en Letras Clásicas y Diploma de Posdoctorado en Derecho (Universidad de Buenos Aires), Magister en Historia y Derechos de la Antigüedad (Universidad de París 1 Panthéon-Sorbonne) y en Egiptología (Universidad de Alcalá de Henares) y Diploma Universitario en Derecho Internacional Nuclear (Universidad de Montpellier). Es profesor titular regular de Derecho Internacional Público en la UBA y la UNICEN, profesor asociado de Lengua y Cultura Griegas en la UBA, profesor contratado en la Universidad de San Andrés y profesor visitante en la Universidad Torcuato Di Tella. Es investigador principal del CONICET con Categoría I del Programa Nacional de Incentivos. Contacto: ebuis@derecho.uba.ar.

lógica moderna,² este trabajo se ocupará de estudiar el modo en que los tratados romano-cartagineses previos a la Primera Guerra Púnica –celebrados entre 509 y 278 a. C.– reflejaron una tensión retórica entre paridad y desequilibrio que se tradujo de modo sutil en un contrapunto normativo de balance y hegemonía. Una lectura filológica de los testimonios de Polibio, considerados como la principal fuente para la reconstrucción del contenido de dichos acuerdos, permitirá comprender hasta qué punto las cláusulas acordadas fueron el resultado de la puesta en acto de una realidad política cambiante en la que se fue modificando el carácter del vínculo bilateral entre Roma y Cartago.

El marco teórico al que aquí se recurre se basa en aquellos estudios sobre la historia del derecho internacional que explican el fundamento de las relaciones internacionales a partir de la tensión entre imposición y cooperación. Estos trabajos han sentado los cimientos que permiten comprender los modelos conceptuales que explican la antinomia surgida entre la pretensión de una política imperialista y el desarrollo de acuerdos bilaterales entre soberanos.³

Se parte del precepto de que el “derecho internacional” –entendido como un sistema de normas jurídicas que rigen las relaciones entre

² Este artículo se inscribe en mi plan bienal actual dentro de la Carrera de Investigador Científico (CIC) del CONICET sobre el tema “La materialización de la política exterior ateniense. Objetos, cuerpos y emociones internacionales en el drama cómico griego”. Uno de los propósitos de dicho proyecto es estudiar los modos en que se materializó la política exterior en el Mediterráneo antiguo, a los efectos de comparar esas prácticas con la experiencia de Atenas y otras *póleis* de épocas clásica y helenística.

³ Anghie (2005) interpreta el desarrollo del derecho internacional –desde una mirada postcolonial y tercermundista– a partir del ejercicio de lógicas de poder de las potencias centrales con relación a los “otros.” Ver ANGHIE, A. (2005). *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

los sujetos de la comunidad internacional⁴ no es ni más ni menos que el resultado de circunstancias sociohistóricas y funciona como un instrumento de regulación de conductas que está a disposición de los Estados u otros entes o agentes políticos. Si bien mucho antes de la firma de la paz de Westfalia en 1648 –un mito que sirvió para explicar su nacimiento moderno⁵ hubo manifestaciones de derecho internacional, pocos son los trabajos que se han centrado en este fenómeno durante la Edad Antigua. Mi planteamiento en estas páginas se apoya fuertemente en los fundamentos de aquellos estudios que han reconocido la formación de Estados en la Antigüedad –al estimar que hubo organizaciones políticas con territorios, población y órganos de poder⁶ y que han reconocido que entre dichas entidades estatales se consolidaron vínculos de índole jurídica materializados en compromisos determinados por la confluencia de voluntades desiguales o dispares por naturaleza.⁷

⁴ MONCAYO, G., VINUESA, R. y GUTIÉRREZ POSSE, H. (1997). *Derecho Internacional Público*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Zavallá, p. 4.

⁵ Acerca de este mito, ver BEAULAC, S. (2004). *The Power of Language in the Making of International Law: The Word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia*. Leiden: Brill.

⁶ Se han estudiado ya distintos modelos teóricos de “estatalidad” y su conveniencia metodológica para comprender las dinámicas políticas del mundo antiguo; ver SCHEIDEL, W. (2013). “Studying the State”. En BANG, P. F. y SCHEIDEL, W. (eds.), *The Oxford Handbook of the State in the Ancient Near East and Mediterranean*. Oxford: Oxford University Press, pp. 5-57.

⁷ TRUYOL Y SIERRA, A. (1998). *Historia del derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, p. 15. Acerca del derecho internacional en la antigüedad, cf. PHILLIPSON, C. (1911). *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*. II Vol. Londres: Macmillan and Co. Ltd. (1911); BEDERMAN, D. (2001). *International Law in Antiquity*. Cambridge: Cambridge University Press, y ZIEGLER, K. H. (2010). “Völkerrecht in den antiken Welten”, en LANG, M., BARTA, H. y ROLLINGER,

En este sentido, en términos conceptuales postularé una lectura retórica de las relaciones internacionales antiguas que responde a una mirada realista, según la cual —en oposición al idealismo utópico— la suscripción de tratados ha de entenderse desde una perspectiva fáctica y centrada en el juego de balance de poderes y no en la consolidación de vínculos tangibles basados en las expectativas de cooperación (como postula la escuela constructivista). Recordemos que la escuela realista clásica de las relaciones internacionales se remonta a los fundamentos teóricos de Morgenthau (1948), quien ha centrado su atención en las relaciones de fuerza como eje de análisis.⁸ Evoluciones posteriores, como aquellas postuladas por los pensadores neorrealistas, le han dado visos más científicistas a la teoría, todo ello con el fin de fundamentar en qué radican los intereses estatales soberanos que terminan desembocando en la canalización de sus pretensiones diplomáticas.⁹

R. (eds.). *Staatsverträge, Völkerrecht und Diplomatie im Alten Orient und in der griechisch-römischen Antike*. Wiesbaden: Harrassowitz; pp. 27-38.

⁸ En palabras del mismo MORGENTHAU, H. J. (1948). *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*. Nueva York: Alfred A. Knopf, p. 25: “international politics, like all politics, is a struggle for power”. Sobre las particularidades de los “realismos” en las relaciones internacionales, ver ROCHE, J. J. (2016). *Théories des relations internationales*, 9ª edición. París: LGDJ, pp. 17-71; ARON, R. (2019). “Le paradigme réaliste”. En BATTISTELLA, D., CORNUT, J. y BARANETS, É. (eds.), *Théories des relations internationales*, 6ª edición. París: Sciences Po, pp. 121-168; y FERNANDEZ, J. (2019). *Relations internationales*, 2ª edición. París: Dalloz, pp. 35-47.

⁹ Es el caso del realismo estructural que, como modo de superar las críticas a Morgenthau, ha propuesto desde una mirada más económica un autor como WALTZ, K. (1979). *Theory of International Politics*, Boston: McGraw-Hill. Acerca de este desarrollo del realismo, véanse entre otros los trabajos de VASQUEZ, J. A. (1998). *The Power of Power Politics: From Classical Realism to Neotraditionalism*,

La aplicación del realismo como patrón exegético, sin embargo, no está exenta de debate, sobre todo si pretendemos emplear el concepto históricamente.¹⁰ Así, con relación al derecho internacional en la Antigüedad –en especial en lo que concierne a los vínculos entre los imperios del Cercano Oriente– todavía existe una controversia abierta al respecto: mientras que algunos sostienen que los vínculos entre las monarquías en el segundo milenio a. C. se explican mejor desde un paradigma constructivista,¹¹ otros, en cambio, sostienen que resulta más consistente interpretar la anarquía y el (des)balance de poder a partir de los patrones propios de la *Realpolitik*.¹²

Presentado el marco conceptual, cabe reconocer que, desde hace ya más de un siglo, han sido numerosos los estudios que se ocuparon de relevar el contenido de los tratados romano-púnicos. Empero, en su mayoría, estas lecturas y análisis se han centrado en aspectos historiográficos que no abarcan aquellos elementos jurídicos que

Cambridge: Cambridge University Press, y WILLIAMS, M. C. (2007). *Realism Reconsidered: The Legacy of Hans Morgenthau in International Relations*, Oxford: Oxford University Press.

¹⁰ No podemos olvidar que se ha hecho remontar el debate entre realismo e idealismo al propio mundo clásico, especialmente al contrapunto presente en Tucídides al referirse al “diálogo de los melios” (*Historia de la Guerra del Peloponeso*, 5.85–113).

¹¹ COHEN, R. (1996). “All in the Family: Ancient Near Eastern Diplomacy”. En *International Negotiation*, 1, p. 25.

¹² Es el caso, por ejemplo, de DAVID, M. (1946). “The Treaties Between Rome and Carthage and their Significance for our Knowledge of Roman International Law”. En DAVID, M., VAN GRONINGEN, B. A. y MEIJERS E. M. (eds.). *Symbolae ad Jus et Historiam Antiquitatis pertinentes Julio Christiano van Oven dedicatae (Symbolae van Oven)*. Leiden: Brill, pp. 231-250. Para una aplicación de la teoría realista para explicar la anarquía y los inestables equilibrios de poder en el mundo romano, ver ECKSTEIN, A. M. (2006). *Mediterranean Anarchy, Interstate War, and the Rise of Rome*. Berkeley/Los Ángeles: University of California Press, pp. 12-36.

son propios del derecho internacional.¹³ Superando esa carencia, el análisis aquí ofrecido pretende apoyar, mediante el análisis de los pasajes de Polibio, una línea de interpretación de dichos acuerdos en clave realista.

En términos genéricos, el objetivo de estas páginas es mostrar, a partir de un ejemplo del mundo clásico, que la suscripción de tratados ha configurado siempre un dispositivo capaz de traducir la tensión existente entre actores internacionales con diverso grado de influencia.¹⁴ Entonces, a partir de las bases conceptuales proporcionadas por las escuelas realistas de las relaciones internacionales, sería posible afirmar que los *foedera* antiguos han servido para enmascarar las jerarquías, consolidando un orden jurídico interestatal en

¹³ Ver, por caso, las ediciones de SCARDIGLI, B. (1991). *I trattati romano-cartaginesi*. Pisa: Scuola Normale Superiore, o ESPADA RODRÍGUEZ, J. (2013). *Los dos primeros tratados romano-cartagineses. Análisis historiográfico y contexto histórico*. Barcelona: Universitat de Barcelona. Acerca de las controversias a las que ha dado lugar el intercambio diplomático entre Roma y Cartago, ver también RICHARDSON, J. S. (2008). "Rome's Treaties with Carthage: Jigsaw or Variant Traditions?" En DEROUX, C. (ed.). *Studies in Latin Literature and Roman History XIV*. Bruselas: Latomus, pp. 84-94.

¹⁴ He examinado el contrapunto entre *foedera aequa* y *foedera iniqua*, especialmente teniendo en cuenta la tradición grecorromana de negociación de acuerdos, en BUIS, E. J. (2011). "Sobre gnomos y gigantes: los tratados grecorromanos y la igualdad soberana de los Estados como ficción histórico-jurídica." En *Lecciones y Ensayos*, 89, pp. 73-117. También me he ocupado del tema en BUIS, E. J. (2015). *La súplica de Eris. Derecho internacional, discurso normativo y restricciones de la guerra en la antigua Grecia*. Buenos Aires: Eudeba, pp. 259-274.

beneficio de la parte más poderosa de la negociación.¹⁵ De allí, sin duda, la relevancia actual de la propuesta.¹⁶

II. Los acuerdos entre Roma y Cartago: la fuente polibiana

Ante la falta de evidencia jurídica directa, es Polibio nuestra fuente privilegiada para conocer el tenor de los tratados firmados entre los

¹⁵ GARCÍA RIAZA, E. y SANZ, A. M. (2019). “Estudio introductorio. Entre la adhesión y la sumisión: los pueblos de Occidente ante el pragmatismo romano.” En GARCÍA RIAZA, E. y SANZ, A. M. (eds.). *In fidem venerunt. Expresiones de sometimiento a la República Romana en Occidente*. Madrid: Dykinson, p. 11. Acerca del carácter productivo y fructífero del realismo para comprender las relaciones internacionales antiguas, ver BURTON, P. J. (2011). *Friendship and Empire. Roman Diplomacy and Imperialism in the Middle Republic (353-146 BC)*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 6-15. Influenciado por las miradas realistas sobre su propia época, Badian (1958) estudió el fenómeno de la *clientela* romana desde un lenguaje capaz de ocultar pretensiones geopolíticas. Ver BADIÁN, E. (1958). *Foreign Clientelae (264-70 BC)*. Oxford/Nueva York: Oxford University Press.

¹⁶ Me he ocupado de indagar en los motivos por los cuales la antigüedad ha sido tradicionalmente excluida de los estudios teóricos sobre la historia del derecho internacional en BUIS, E. J. (2021). “The Politics of Anti-Politics: Historiographies of International Law and the Paradox of Antiquity.” En PETERS, A. y SCHÄFER, R. (eds.). *Politics and the Histories of International Law. The Quest for Justice*. Leiden/Boston: Brill/Nijhoff, pp. 430-454, donde he concluido que la justificación detrás de la ausencia suele ser, precisamente, la naturaleza política de las prácticas diplomáticas antiguas, algo que –como quedará también en claro aquí– constituye en realidad (y paradójicamente) la razón de ser del “derecho internacional” como régimen normativo.

cartagineses y los romanos.¹⁷ Por el modo en que presenta y describe sus disposiciones sustanciales, parece claro que el historiador conocía de primera mano las inscripciones de los acuerdos, que seguramente se hallaban desplegadas en el espacio físico del *atrium publicum* del monte Capitolino.¹⁸

Así, según Polibio, el primer tratado romano-púnico se adoptó durante el primer año de la instauración de la República, hacia el año

¹⁷ SCULLARD, H. H. (1990). "Carthage and Rome." En WALBANK, F. W., ASTIN, A. E. FREDERIKSEN, M. W. y D. HOYOS (eds.). *The Cambridge Ancient History*, Vol. 7, Nº 2. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 486-572 y ROSSELLÓ CALAFELL, G. (2022). *Relaciones exteriores y praxis diplomática cartaginesa. El período de las Guerras Púnicas*. Sevilla/Zaragoza: Editorial Universidad de Sevilla/Prensas de la Universidad de Zaragoza, p. 26. Sobre la importancia de Polibio como fuente para la reconstrucción de las Guerras Púnicas, ver CHAMPION, B. C. (2011). "Polybius and the Punic Wars." En HOYOS, B. D. (ed.). *A Companion to the Punic Wars*. Malden: Wiley-Blackwell, pp. 95-110. De acuerdo con este autor, serían tres los tratados romano-púnicos firmados con anterioridad al primer conflicto armado; rechaza el llamado acuerdo de Filino de Agrigento (posiblemente del año 306 a. C.), desestimando su existencia por considerarlo apócrifo (Polyb. III. 26). Otras fuentes, sin embargo, no son coincidentes: el historiador Tito Livio contabiliza cinco acuerdos en la misma época (7. 27. 2, 9. 43. 26, *Per.* 13); Diodoro Sículo (16. 69. 1; 22. 7. 5), por su parte, habla de un primer tratado en 348 a. C. y otro durante la guerra contra Pirro. Acerca del problema de la cantidad real de acuerdos suscritos, puede leerse GÓMEZ DE CASO ZURIAGA, J. (1994). "El olvidado tratado del 239/8, sus fuentes y el número de tratados romano-púnicos." En *Polis*, 6, pp. 93-141, y ROSSELLÓ CALAFELL, *op. cit.*, p. 25.

¹⁸ Esto es al menos lo que, de acuerdo con el testimonio polibiano., interpreta PALMER, R. E. A. (1997). *Rome and Carthage at Peace*. Stuttgart: Franz Steiner, pp. 19-21.

508 o 507 a. C.¹⁹ La antigüedad del convenio parece clara,²⁰ sobre todo si nos atenemos al lenguaje utilizado por el historiador megalopolitano para presentarlo (Polyb. III.22.1-4):²¹

γίνονται τοιγαροῦν συνθήκαι Ῥωμαίοις καὶ Καρχηδονίοις πρῶται κατὰ Λεύκιον Ἰούνιον Βροῦτον καὶ Μάρκον Ὠράτιον, τοὺς πρώτους κατασταθέντας ὑπάτους μετὰ τὴν τῶν βασιλέων κατάλυσιν, ὕφ' ὧν συνέβη καθιερωθῆναι καὶ τὸ τοῦ Διὸς ἱερὸν τοῦ Καπετωλίου. ταῦτα δ' ἔστι πρότερα τῆς Ξέρξου διαβάσεως εἰς τὴν Ἑλλάδα τριάκοντ' ἔτεσι λείπουσι δεῦν. ἃς καθ' ὅσον ἦν δυνατὸν ἀκριβέστατα διερμηνεύσαντες ἡμεῖς ὑπογεγράφαμεν. τηλικαύτη γὰρ ἡ διαφορὰ γέγονε τῆς διαλέκτου καὶ παρὰ Ῥωμαίοις τῆς νῦν πρὸς τὴν ἀρχαίαν ὥστε τοὺς συνετωτάτους ἔνια μόλις ἐξ ἐπιστάσεως διευκρινεῖν.

Entonces surgen acuerdos entre los romanos y los cartagineses, primero bajo Lucio Junio Bruto y Marco Horacio, quienes fueron los primeros cónsules

¹⁹ HERNÁNDEZ PRIETO, E. (2017). *Hispania y los tratados romano-púnicos* (Anejos de Veleia, 36). Vitoria-Gasteiz: Universidad del País Vasco/Euskal Kerriko Unibersitatea, p. 39. Como he dicho, Diodoro Sículo postula en cambio una datación del tratado recién en 348 a. C.; también coincide en esta fecha Tito Livio, aunque en ningún momento asevera que se trató del primer acuerdo. Sobre esta fecha más reciente se ha orientado MOMMSEN, T. (1983). *Desde la expulsión de los reyes hasta la reunión de los Estados itálicos*. Madrid: Turner, pp. 323-325.

²⁰ SERRATI, J. (2006). "Neptune's Altars: The Treaties Between Rome and Carthage (509-226 B.C.)." En *Classical Quarterly*, 56(1), pp. 115-116. Una fecha anterior a la propuesta por Polibio ha sido postulada por REBUFFAT, R. (1966). "Les Phéniciens à Rome." En *Mélanges d'archéologie et d'histoire*, 78(1), pp. 32-34.

²¹ Los textos griegos de la obra de Polibio corresponden a la tradicional edición de BÜTTNER-WOBST, Th. (1922). *Polybius. The Histories, Volume II: Books 3-4* (Loeb Classical Library). Cambridge (MA): Harvard University Press. Las traducciones al castellano me pertenecen en todos los casos.

después de la caída de los reyes, por cuya razón también se consagró el templo de Júpiter Capitolino. Estos eventos ocurrieron veintiocho años antes de la invasión de Jerjes en Grecia. Hemos traducido esto con la mayor precisión posible, dada la gran diferencia entre el latín actual y el antiguo, que en algunos puntos apenas los más entendidos logran comprender cabalmente.

En el detalle del contenido del tratado (συνθήκαι), se identifican las disposiciones iniciales vinculadas con el carácter bilateral del acuerdo. Con la intención de aclarar el alcance de normas difusas, se deja entrever cierta preeminencia a favor de los cartagineses en las primeras cláusulas en las que se establecen límites geográficos concretos a los avances romanos (Polyb. III. 22. 4-9):²²

εἰσὶ δ' αἱ συνθήκαι τοιαίδε τινές· ἐπὶ τοῖσδε φιλίαν εἶναι Ῥωμαίοις καὶ τοῖς Ῥωμαίων συμμάχοις καὶ Καρχηδονίοις καὶ τοῖς Καρχηδονίων συμμάχοις· μὴ πλεῖν Ῥωμαίους μηδὲ τοὺς Ῥωμαίων συμμάχους ἐπέκεινα τοῦ Καλοῦ ἀκρωτηρίου, ἐὰν μὴ ὑπὸ χειμῶνος ἢ πολεμίων ἀναγκασθῶσιν· ἐὰν δέ τις βία κατενεχθῆ, μὴ ἐξέστω αὐτῷ μηδὲν ἀγοράζειν μηδὲ λαμβάνειν πλὴν ὅσα πρὸς πλοίου ἐπισκευὴν ἢ πρὸς ἱερά, ἐν πέντε δ' ἡμέραις ἀποτρεχέτω. τοῖς δὲ κατ' ἐμπορίαν παραγινομένοις μηδὲν ἔστω τέλος πλὴν ἐπὶ κήρυκι ἢ γραμματεῖ.

Los acuerdos son los siguientes: que haya amistad entre los romanos y los aliados de los romanos y los cartagineses y los aliados de los cartagineses. No se permitirá a los romanos ni a los aliados de los romanos navegar más allá del Cabo Lacinio, a menos que lo hagan por causa de mal tiempo o de enemigos. Si alguien es llevado por la fuerza, que no le esté permitido comprar ni recibir nada, excepto lo que sea necesario para el aprovisionamiento de su barco o para propósitos religiosos, y que parta en cinco días.

²² ROSSELLÓ CALAFELL, *op. cit.* p. 27, habla de una “notable superioridad política de Cartago”

Para aquellos que lleguen por razones comerciales, que no haya impuestos, excepto frente a un heraldo o un secretario.

Frente a una primera referencia a la amistad bilateral –típica fórmula de este tipo de instrumentos–,²³ se incluye un deber en cabeza de los romanos que no tiene parangón respecto de los cartagineses:²⁴ ello permite concluir que el acuerdo, de naturaleza eminentemente comercial, reflejaría una relación asimétrica relacionada con la imposición de límites topográficos al accionar romano. En cuanto se presentan las obligaciones que les corresponden a los cartagineses, por su parte, se advierte que estas son radicalmente diferentes en su alcance, como se lee a continuación (Polyb. III. 22. 11-13):

Καρχηδόνιοι δὲ μὴ ἀδικεῖωσαν δῆμον Ἀρδεατῶν, Ἀντιατῶν, Λαρεντίνων, Κιρκαιτῶν, Ταρρακινιτῶν, μηδ' ἄλλον μηδένα Λατίνων, ὅσοι ἂν ὑπήκοοι· ἐὰν δὲ τινες μὴ ὤσιν ὑπήκοοι, τῶν πόλεων ἀπεχέσθωσαν· ἂν δὲ λάβωσι, Ῥωμαίοις ἀποδιδότωσαν ἀκέραιον φρούριον μὴ ἐνοικοδομεῖωσαν ἐν τῇ Λατίνῃ· ἐὰν ὡς πολέμοι εἰς τὴν χώραν εἰσέλθωσιν, ἐν τῇ χώρᾳ μὴ ἐννυκτερευέτωσαν.

²³ Ver BONK, P. (1974). *Defensiv und offensivklauseln in griechischen Symmachieverträgen* (PhD, Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität). Bonn. pp. 63-65; SCHEIBELREITER, P. (2013). *Untersuchungen zur Vertrags-rechtlichen Struktur des Delisch-Attischen Seebundes*. Viena: Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, pp. 99-136; y COUVENHES, J. C. (2016). "Introduction. La *symmachia* comme pratique du droit international dans le monde grec": En COUVENHES, J. C. (ed.). *La symmachia comme pratique du droit international dans le monde grec. D'Homère à l'époque hellénistique (DHA supplément 16)*. Besançon: Presses Universitaires de Franche-Comté, pp. 13-49.

²⁴ Con relación a la identificación del espacio que es objeto de control en este primer acuerdo, ver HERNÁNDEZ PRIETO, *op. cit.*, pp. 48-52.

Que los cartagineses no cometan injusticias contra el pueblo de los ardeatinos, de los anzios, de los laurentinos, de los circetos ni los terracinos, ni contra ningún otro pueblo latino sometido a los romanos. Y si algunos no estuviesen sometidos, que no se ataquen las ciudades; y si las capturan, que las devuelvan intactas a los romanos. Que no levanten ninguna fortificación en el Lacio. Y si ingresan en la región como enemigos, que no pernocten en la zona.

El lenguaje, que en un primer momento parece imponer condiciones al pueblo púnico, deja entrever no obstante cierta aceptación del poder cartaginés en la región mediterránea. En cuanto a su redacción, nada en el tratado parece haber atentado contra el imperialismo cartaginés, a tal punto que no existía prohibición respecto de las incursiones bélicas en la península itálica:²⁵ lo único que se estableció es que, una vez capturadas, las ciudades debían ser regresadas “intactas” (ἀκέραιον) a Roma²⁶ y que todo esfuerzo de conquista por parte de los cartagineses no podría llevar a la erección de instalaciones defensivas permanentes (φρούριον). De este modo, no existía una interdicción respecto del ingreso cartaginés en la región del Lacio, sino que se imponía simplemente la imposibilidad de que pasaran la noche asentados allí. Lejos de ser condenada, entonces, se trataba de asegurar que la presencia púnica en la zona no revistiese más que un carácter transitorio.

Se ha postulado que los cartagineses recurrieron a este tratado –al

²⁵ WHITTAKER, C. R. (1978). “Carthaginian Imperialism in the Fifth and Fourth Centuries.” En GARNSEY, P. y WHITTAKER, C. R. (eds.). *Imperialism in the Ancient World*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 59-90, ha afirmado la inexistencia de un “imperialismo” cartaginés en la época; la opinión contraria –que comparto– ha sido resaltada por SERRATI, *op. cit.*, p. 114.

²⁶ Esta disposición es una reafirmación de la preponderancia cartaginesa, si seguimos a ROSSELLÓ CALAFELL, *op. cit.*, p. 27.

igual que a varios otros acuerdos celebrados con pueblos antiguos, como es el caso de los etruscos—²⁷ para tratar de asegurar su dominio marítimo y comercial y evitar que sus territorios, así como aquellos bajo su control monopólico, estuviesen en peligro.²⁸ De este modo, contrariamente a la opinión de quienes plantean que este convenio representó un intento de mayor aliento de unir las voluntades de tres potencias del Mediterráneo —cartagineses, romanos y persas— con el fin de crear un frente común en oposición a los griegos,²⁹ parece más claro, desde una mirada realista, sostener que el primer tratado firmado con Roma ratifica un claro desbalance, alejado de una equiparación legal.

Si seguimos las expresiones del acuerdo en el testimonio polibiano, es factible concluir que las cláusulas no tendían a poner límites al accionar de los cartagineses: las disposiciones descriptas no estaban destinadas a crear un estado de cosas perjudicial para Cartago, sino —todo lo contrario— a estabilizar una política exterior relacionada

²⁷ PALLOTTINO (1963). “Les relations entre les Étrusques et Carthage du VII^e au III^e siècle avant J. C. Nouvelles données et essai de périodisation.” *Les Cahiers de Tunisie*, 44, pp. 23-29; CRISTOFANI, M. (1991). “Gli etruschi e i fenici nel Mediterraneo.” En ACQUARO, E. et al. (eds.). *Atti del II Congresso Internazionale di Studi Fenici e Punici*. Roma, 9-14 novembre 1987. Vol. I. Roma: Consiglio Nazionale delle Ricerche, pp. 67-75.

²⁸ GSELL, S. (1920). *Histoire ancienne de l'Afrique du Nord*. Tome I: “Les conditions du développement historique. Le temps primitifs, la colonisation phénicienne et l'Empire de Carthage.” Paris: Hachette, pp. 449-450; MERANTE (1970). “Sui rapporti greco-punici nel Mediterraneo occidentale nel VI secolo a. C.” En *Kokalos*, 16, pp. 126-139; HEURGON, J. (1979). “Sur l'interdiction de naviguer au-delà du Beau-Promontoire dans le premier traité entre Rome et Carthage (Pol., III, 22-23)” En *Antiquités africaines*, 14, pp. 41-42.

²⁹ PICARD, G. C. (1968). *The Life and Death of Carthage*. Londres: Sidgwick & Jackson, pp. 177-179.

con la preservación de sus intereses unilaterales en el Mediterráneo y con el futuro afianzamiento de sus pretensiones militares y comerciales.³⁰ Frente a ello, las menciones geográficas presentes en el acuerdo colocaban a Roma en un espacio de poder distinto, claramente más débil: la *urbs* solo conseguía mantener sus dominios en el Lacio, sin que existiera evidencia de que el acuerdo le hubiese servido para impulsar desarrollos políticos fuera de su área de influencia ya asentada.³¹ Se torna evidente, si prestamos atención a la situación política contemporánea, que los romanos de la época no estaban en condiciones de negociar prerrogativas económicas con los cartagineses.³²

El segundo tratado romano-púnico —que podría datarse hacia el 348 a. C.—³³ parece reforzar con mecanismos más prácticos este progresivo intervencionismo de Cartago en el Mediterráneo occidental. Ello se produjo mediante un control del tráfico comercial naval, en clara contraposición con la falta de interés romano, por aquella época, en fomentar una expansión marítima.³⁴ El texto de este segundo acuerdo parece entonces dar cuenta de un endurecimiento de las restricciones comerciales a los romanos,³⁵ así como de un correlativo

³⁰ SCARDIGLI, B. (2011). “Early Relations Between Rome and Carthage”. En HOYOS, B. D. (ed.). *A Companion to the Punic Wars*. Malden: Wiley-Blackwell, pp. 30-31.

³¹ HERNÁNDEZ PRIETO, *op. cit.*, p. 48.

³² FERRER MAESTRO, J. J. (1986-1987). “Los tratados romano-púnicos en los inicios de la expansión marítima de Roma”. En *Millars*, 11, p. 117.

³³ HERNÁNDEZ PRIETO, *op. cit.*, p. 63.

³⁴ THIEL, J. H. (1946). *Studies on the History of Roman Sea-Power in Republican Times*. Ámsterdam: North-Holland Publishing Company, pp. 1-31; THIEL, J. H. (1954). *A History of Roman Sea-Power Before the Second Punic War*. Ámsterdam: North-Holland Publishing Company, pp. 1-54. De hecho se sostiene que, en esta época, todavía Roma no contaba con una flota propia.

³⁵ HERNÁNDEZ PRIETO, *op. cit.*, p. 56.

aumento del poder del Estado cartaginés, que estaría en ese momento liderando una suerte de confederación fenicia.³⁶ Según Polyb. III. 24. 3-13,

ἐπὶ τοῖσδε φιλίαν εἶναι Ῥωμαίοις καὶ τοῖς Ῥωμαίων συμμάχοις καὶ Καρχηδονίων καὶ Τυρίων καὶ Ἰτυκαίων δήμῳ καὶ τοῖς τούτων συμμάχοις, τοῦ Καλοῦ ἀκρωτηρίου, Μαστίας Ταρσηίου, μὴ λήξουσθαι ἐπέκεινα Ῥωμαίους μὴδ' ἐμπορεύεσθαι μὴδὲ πόλιν κτίζειν. ἐὰν δὲ Καρχηδόνιοι λάβωσιν ἐν τῇ Λατίνῃ πόλιν τινὰ μὴ οὔσαν ὑπήκοον Ῥωμαίοις, τὰ χρήματα καὶ τοὺς ἄνδρας ἐχέτωσαν, τὴν δὲ πόλιν ἀποδιδότωσαν. ἐὰν δὲ τινες Καρχηδονίαν λάβωσιν τινὰς, πρὸς οὓς εἰρήνη μὲν ἐστὶν ἔγγραπτος Ῥωμαίοις, μὴ ὑποτάττονται δὲ τι αὐτοῖς, μὴ καταγέτωσαν εἰς τοὺς Ῥωμαίων λιμένας· ἐὰν δὲ καταχθέντος ἐπιλάβηται ὁ Ῥωμαῖος, ἀφιέσθω. ὡσαύτως δὲ μὴδ' οἱ Ῥωμαῖοι ποιείτωσαν. ἂν ἔκ τινος χώρας, ἧς Καρχηδόνιοι ἐπάρχουσιν, ὕδωρ ἢ ἐφόδια λάβῃ ὁ Ῥωμαῖος, μετὰ τούτων τῶν ἐφοδίων μὴ ἀδικεῖτω μηδένα πρὸς οὓς εἰρήνη καὶ φιλία ἐστὶ Καρχηδονίους. ὡσαύτως δὲ μὴδ' ὁ Καρχηδόνιος ποιείτω. εἰ δέ, μὴ ἰδίᾳ μεταπορεύεσθω· ἐὰν δὲ τις τοῦτο ποιήσῃ, δημόσιον γινέσθω τὸ ἀδίκημα. ἐν Σαρδόνι καὶ Λιβύῃ μηδεὶς Ῥωμαίων μήτ' ἐμπορεύεσθω μήτε πόλιν κτίζετω, εἰ μὴ ἕως τοῦ ἐφόδια λαβεῖν ἢ πλοῖον ἐπισκευάσαι. ἐὰν δὲ χειμῶν κατενέγκῃ, ἐν πένθ' ἡμέραις ἀποτρεχέτω. ἐν Σικελίᾳ ἧς Καρχηδόνιοι ἐπάρχουσι καὶ ἐν Καρχηδόνι πάντα καὶ ποιείτω καὶ πωλείτω ὅσα καὶ τῷ πολίτῃ ἕξεσθαι. ὡσαύτως δὲ καὶ ὁ Καρχηδόνιος ποιείτω ἐν Ῥώμῃ.

En cuanto a estos [acuerdos], que haya amistad entre los romanos y los

³⁶ WALBANK, F. J. (1970). *A Historical Commentary on Polybius*. Vol. I (Books I-VI). Oxford: Oxford University Press, pp. 346-347; LÓPEZ CASTRO, J. L. (1991). "Cartago y la Península Ibérica: ¿imperialismo o hegemonía?". En *Treballs del Museu Arqueologic d' Eivissa e Formentera*, 25, pp. 79-82; ROSSELLÓ CALAFELL, *op. cit.*, pp. 28-29.

aliados de los romanos y el pueblo de los cartagineses, los tirios y los úticos y sus aliados. Que los romanos no obtengan botín más allá de cabo Hermoso, de Mastia ni de Tarseyo, y que no comercien en esas regiones ni funden una ciudad. Y si los cartagineses toman en el Lacio una ciudad no sometida a los romanos, que obtengan el dinero y los hombres, pero que devuelvan la ciudad. Y si algunos cartagineses toman a ciudadanos cuya ciudad haya suscripto un acuerdo de paz con los romanos, pero que no sea súbdita romana, que los prisioneros no sean llevados a puertos romanos. Pero si un romano toma a uno que desembarca, que este sea liberado. Que los romanos actúen del mismo modo. Si un romano obtiene agua o suministros de alguna región gobernada por los cartagineses, que no perjudique a nadie con quienes los cartagineses tengan un tratado de paz y amistad. Que los cartagineses actúen del mismo modo. Si alguien lo hace sin permiso, se considerará un delito público. En Sardonia y Libia, que ningún romano comercie ni funde una ciudad, a menos que sea para obtener suministros o reparar un barco. Si el mal tiempo lo obliga, que parta en cinco días. En Sicilia, que está bajo el dominio cartaginés, y en Cartago, que los romanos hagan y vendan lo mismo que un ciudadano. Que un cartaginés actúe de la misma manera en Roma.

La reiteración de fórmulas paralelas (mediante la estructura encabezada por el adverbio ὁσαύτως, “de la misma manera”) parece señalar un equilibrio de derechos y obligaciones. Por su parte, la primera cláusula negativa (introducida con μὴ) también se aplica aquí a los romanos, lo que da a entender que –como ocurría con el primer texto– Roma se veía obligada a abstenerse de llevar adelante incursiones fuera de los límites territoriales fijados.

En términos de expansionismo, el carácter de las acciones permitidas no parece haber variado de modo considerable.³⁷ Sin embargo,

³⁷ Puede hallarse un análisis más detallado del pasaje polibiano sobre este texto en DÍAZ TEJERA, A. (1997). “Polibio 3, 24, 1: el segundo tratado entre Roma y

en el caso de Cartago, al autorizarse la captura de centros urbanos que no se encontraran sujetos al poder romano, se imponía la devolución de la ciudad pero no la de los bienes o individuos de los que se hubiese apropiado:³⁸ a la vez, se hace la distinción entre aquellas ciudades que hubiesen firmado un tratado con Roma y aquellas que, en cambio, se hallaban bajo el dominio romano. Todo esto daría a entender que estamos en presencia de un contexto en el que aún la *urbs* tenía una influencia muy frágil e inestable sobre sus aliados.³⁹ En lo que se refiere a los romanos, además, en este segundo tratado se prohibía de forma explícita el comercio o la fundación de ciudades en territorio africano, algo de lo que hay evidencia en el contenido preservado del primer acuerdo: con ello, se sostiene que los cartagineses supieron explotar la ventaja relativa con que contaban en relación a sus interlocutores.⁴⁰

Se ha indicado que el tenor de estas *synthêkai*, que no son muy diferentes en contenido y estilo del primer acuerdo ya analizado, denotaba la puesta en acto de las prácticas diplomáticas cartaginesas

Cartago. Problemas de interpretación y textuales” En URÍAS MARTÍNEZ, R. y PRESEDO VELO F. J. et al. (eds.), *XAIPE. II Reunión de Historiadores del Mundo Antiguo. Homenaje al profesor Fernando Gascó*. Sevilla: Scriptorium, pp. 261-268.

³⁸ Acerca de esta cláusula, que no existía en el primer tratado, ver AYMARD, A. (1957). “Les deux premiers traités entre Rome et Carthage”. En *Revue des études anciennes*, 59, pp. 277-278.

³⁹ TOYNBEE, A. J. (1965). *Hannibal's Legacy. The Hannibalistic War's Effects on Roman Life*. Vol. I. Londres/Oxford: Oxford University Press, pp. 535-539.

⁴⁰ En palabras de HERNÁNDEZ PRIETO, *op. cit.*, p. 62, “el endurecimiento de las cláusulas sobre la parte romana que se aprecia en el segundo de ellos, parece reflejar un movimiento diplomático oportunista por parte de los cartagineses, que se habrían aprovechado de la turbulenta situación que experimentaba Italia y que aconsejaba a los romanos medir sus actitudes con prudencia, para acrecentar sus exigencias en el plano político”

y no aquellas relacionadas con las experiencias romanas, las cuales de hecho todavía no estaban desarrolladas como tales en esta época.⁴¹ Mediante este instrumento jurídico, entonces, se reflejaba más bien el ascenso de una Cartago hegemónica.⁴² Ante la imposibilidad de contrarrestar ese poder regional, los romanos parecen haberse limitado tan solo a evitar que sus actividades en Italia se viesen afectadas por la intervención púnica.⁴³ De todos modos, la preservación de un ámbito de influencia romano ya parece indicar el germen de un intento por garantizar cierto espacio de injerencia alejado de la hegemonía cartaginesa.⁴⁴ Los acuerdos canalizaron,

⁴¹ DAVID, M. (1946). "The Treaties Between Rome and Carthage and their Significance for our Knowledge of Roman International Law." En DAVID, M., VAN GRONINGEN, B. A. y MEIJERS, E. M. (eds.). *Symbolae ad Jus et Historiam Antiquitatis pertinentes Julio Christiano van Oven dedicatae (Symbolae van Oven)*. Leiden: Brill, pp. 231-250; SCARDIGLI, *I trattati romano-cartaginesi...*, *op. cit.*, pp. 100-102. Se duda, sin embargo, si se trató de un modelo helénico adoptado por los cartagineses, como sostiene SERRATI, *op. cit.*, p. 115, o más bien de un formato procedente del propio ámbito púnico, si seguimos la interpretación de HUSS, W. (1985). *Geschichte der Karthager*, Munich: Beck, p. 150.

⁴² HEURGON, *Roma y el Mediterráneo...*, *op. cit.*, pp. 287-289.

⁴³ Habrá que esperar al fin de la Primera Guerra Púnica para advertir el desarrollo de una verdadera política expansionista en la Roma republicana; ver al respecto MUÑOZ MUÑOZ, F. (1986). *Los inicios del imperialismo romano: la política exterior romana entre la Primera y la Segunda Guerra Púnica*. Granada: Universidad de Granada.

⁴⁴ CORNELL, T. J. (1995). *The Beginnings of Rome. Italy and Rome from the Bronze Age to the Punic Wars (c. 1000-264)*. Londres: Routledge, pp. 326-327. En palabras de ZELANTI, A. (2019). "Carthage et le contrôle des littoraux africains: les deux premiers traités romano-carthaginois." En *Revue historique*, 690, p. 230, "les évolutions entre les deux traités traduisent aussi l'accroissement de l'influence respective des deux cités." ROSSELLÓ CALAFELL, *op. cit.*, p. 29, identifica un mayor recelo en esta época por parte de Cartago, en tanto que Roma estaba afianzando su influencia de modo progresivo.

pues, los intereses y las posibilidades efectivas de ambas ciudades; sirvieron como expresión escrita y efecto tangible de una *Realpolitik* mediterránea; se advierte un *hard law* respaldado por la validez de instrumentos jurídicos refrendados.

Finalmente, Polibio se refiere a la existencia de un último tratado antes de la Primera Guerra Púnica, el referido a Pirro, rey de Epiro (probablemente fechado hacia el 279 a. C.).⁴⁵ El texto del acuerdo, tal como ha sido transmitido por el historiador, nos coloca frente a una realidad internacional que se vislumbra como considerablemente diferente (Polyb. III. 25-3-5):

ἐὰν συμμαχίαν ποιῶνται πρὸς Πύρρον ἔγγραπτον, ποιείσθωσαν ἀμφοτέρω, ἵνα ἐξῆ βοθηεῖν ἀλλήλοις ἐν τῇ τῶν πολεμουμένων χώρᾳ· ὁπότεροι δ' ἂν χρειάν ἔχωσι τῆς βοηθείας, τὰ πλοῖα παρεχέτωσαν Καρχηδόνιοι καὶ εἰς τὴν ὁδὸν καὶ εἰς τὴν ἄφοδον, τὰ δὲ ὀψώνια τοῖς αὐτῶν ἐκάτεροι. Καρχηδόνιοι δὲ καὶ κατὰ θάλατταν Ῥωμαίοις βοηθεῖτωσαν, ἂν χρειά ᾖ. τὰ δὲ πληρώματα μηδεὶς ἀναγκαζέτω ἐκβαίνειν ἀκουσίως.

Si hacen un tratado por escrito con Pirro, que ambos lo hagan, para que puedan ayudarse mutuamente en el territorio de los que están en guerra. Cuando cualquiera de los dos necesite ayuda, que los cartagineses proporcionen barcos y suministros para la ida y la vuelta; cada pueblo se proporcionará sus víveres. Que los cartagineses también ayuden a los romanos por mar si fuese necesario. Que nadie obligue a las tripulaciones a desembarcar en contra de su voluntad.

El acuerdo reflejaría, desde el punto de vista realista, una nueva coyuntura política determinada por el fortalecimiento de Roma

⁴⁵ Acerca de este tratado, ver NENCI, G. (1958). "Il trattato romano-cartaginesino κατὰ τὴν Πύρρον διάβασιν". En *Historia*, 7, pp. 263-299 y HOYOS, B. D. (1984). "The Roman-Punic Pact of 279 B. C. Its Problems and its Purpose". En *Historia*, 33, pp. 402-439.

ocurrido tras el triunfo sobre los samnitas en la batalla de Neápolis.⁴⁶ Este papel más preponderante de una Roma imperialista, que aparece ahora como una potencia mediterránea cada vez más saliente, se vislumbra en el contenido de los compromisos asumidos.⁴⁷ Y si bien se insistía en la equiparación de las partes –como ocurría en los acuerdos previos– aquí se determinó por primera vez que, en caso en que se requiriera auxilio, serían los cartagineses (y no los romanos) quienes pondrían a disposición embarcaciones y alimentos. También se observa una disposición unilateral de ayuda marítima por parte de los cartagineses en beneficio del pueblo romano.

Tras la guerra (264-241 a. C.), los acuerdos diplomáticos celebrados reforzaron este progresivo distanciamiento entre Cartago y Roma; el mismo Polibio mencionará luego la existencia de un acuerdo de capitulación, propuesto por el cónsul Cayo Lutacio Cátulo, en el que se distinguían obligaciones unilaterales establecidas sobre los cartagineses, en los siguientes términos (Polyb. I. 62. 8-9):

ἐπὶ τοῖσδε φιλίαν εἶναι Καρχηδονίοις καὶ Ῥωμαίοις, ἐὰν καὶ τῷ δήμῳ τῶν Ῥωμαίων συνδοκῆ. ἐκχωρεῖν Σικελίας ἀπάσης Καρχηδονίους καὶ μὴ πολεμεῖν Ἴερωνι μηδ' ἐπιφέρειν ὄπλα Συρακοσίοις μηδὲ τῶν Συρακοσίων συμμάχοις. ἀποδοῦναι Καρχηδονίους Ῥωμαίοις χωρὶς λύτρων ἅπαντας τοὺς αἰχμαλώτους. ἀργυρίου κατενεγκεῖν Καρχηδονίους Ῥωμαίοις ἐν ἔτεσιν εἴκοσι δισχίλια καὶ διακόσια τάλαντα Εὐβοϊκά.

En cuanto a estos [acuerdos], que haya amistad entre los cartagineses y los

⁴⁶ TOYNBEE, *op. cit.*, pp. 541-542; CORNELL, *op. cit.*, p. 212.

⁴⁷ Acerca de los acercamientos entre Roma y Pirro en esta época, ver PASSERINI, A. (1943). "Sulle trattative dei Romani con Pirro". En *Athenaeum*, 21, pp. 92-112 y ROLDÁN, J. M. (1994). *El imperialismo romano. Roma y la conquista del mundo mediterráneo (264-133 a. C.)*. Madrid: Síntesis, p. 23.

romanos, si también lo ratifica el pueblo romano. Los cartagineses cederán toda Sicilia y no le harán la guerra a Hierón, ni tomarán armas contra los siracusanos ni los aliados de los siracusanos. Los cartagineses devolverán a los romanos, sin rescate, a todos los prisioneros. Los cartagineses pagarán a los romanos, en veinte años, dos mil doscientos talentos de Eubea.

Es evidente, a la luz de una perspectiva sustentada en los principios del realismo, que dicho acuerdo respondía a una lógica patente de subordinación. Aquí la prohibición inicial se refería a los cartagineses, quienes no podrían iniciar hostilidades contra el tirano Hierón de Siracusa (μη πολεμεῖν Ἱέρωνι). En efecto, dado que en el tratado los cartagineses se comprometían a devolver el territorio siciliano y a los prisioneros, así como a indemnizar a los romanos, no es difícil concluir que se trataba de una serie de estipulaciones redactadas por una Roma victoriosa a un adversario notoriamente debilitado. Esta nueva lógica de poder, que es posible desprender del pasaje polibiano, se veía reforzada por la inmediata mención a la reacción popular de la asamblea romana, que —al percibir la oportunidad— terminó votando a favor de cláusulas incluso más onerosas y exigentes (Polyb. I. 63. 1-3):

τούτων δ' ἐπανενεχθέντων εἰς τὴν Ῥώμην, οὐ προσεδέξατο τὰς συνθήκας ὁ δῆμος. ἀλλ' ἐξαπέστειλεν ἄνδρας δέκα τοὺς ἐπισκευομένους ὑπὲρ τῶν πραγμάτων. οἱ καὶ παραγενόμενοι τῶν μὲν ὄλων οὐδὲν ἔτι μετέθηκαν, βραχέα δὲ προσεπέτειναν τοὺς Καρχηδονίους. τὸν τε γὰρ χρόνον τῶν φόρων ἐποίησαν ἥμισυν, χίλια τάλαντα προσθέντες, τῶν τε νήσων ἐκχωρεῖν Καρχηδονίους προσεπέταξαν, ὅσαι μεταξὺ τῆς Ἰταλίας κείνται καὶ τῆς Σικελίας.

Y una vez presentadas en Roma, el pueblo no aceptó las cláusulas. En su lugar, enviaron a diez hombres para inspeccionar los asuntos. Tras llegar, estos hombres no cambiaron nada de las cláusulas totales, pero agregaron algunas más duras para los cartagineses. Redujeron a la mitad

el período de pago de los tributos, añadiendo mil talentos, y tomaron a su cargo la expulsión de los cartagineses de cuantas islas se encuentran entre Italia y Sicilia.

El pago de una indemnización aun más significativa, así como la pérdida de sus dominios territoriales, son indicativos del contexto posterior a aquel en el que se instaló el tercer acuerdo, determinado por una creciente crisis económica en Cartago y un debilitamiento militar cada vez más pronunciado de la ciudad púnica.⁴⁸

III. Conclusiones

Como puede extraerse de esta breve reflexión sobre su contenido, los acuerdos firmados entre Roma y Cartago ofrecen interesantes perspectivas para un historiador del derecho internacional.⁴⁹ En particular, permiten entender la utilidad y eficacia de la suscripción de acuerdos como mecanismo de nivelación de intereses. Así, una lectura realista de estos tratados, tal como son presentados por una fuente literaria como las *Historias* de Polibio, permite apreciar un contrapunto significativo entre cláusulas paralelas y obligaciones unilaterales impuestas, mostrando que los instrumentos convenidos entre potencias hegemónicas reflejaban en términos jurídicos los juegos de fuerza. En este sentido, el alcance de las normas incluidas en los acuerdos permite comprender hasta qué punto los *foedera* ponían de relieve la percepción que se tenía de los otros sobre el telón de fondo de la guerra y la búsqueda de supremacía.⁵⁰

⁴⁸ HERNÁNDEZ PRIETO, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁹ Esto ya fue afirmado por DAVID, "The Treaties..."; *op. cit.*

⁵⁰ ROSSELLÓ CALAFELL, *op. cit.*, p. 26.

El análisis de los textos de estos acuerdos resulta significativo para fundamentar que la tensión inherente del derecho internacional ya existía en tiempos de la expansión marítima de Cartago y durante los avances territoriales de la Roma republicana. Los acuerdos se tradujeron – casuísticamente– en principios de balance y desequilibrio en función de la realidad política subyacente, y el tenor de sus cláusulas acompañó de cerca los cambiantes vínculos internacionales en tiempos de enfrentamiento armado. Desde el realismo, entonces, leer filológicamente la descripción polibiana de los tratados romano-púnicos permite apuntar, detrás de las palabras, a la materialización de las tensiones comerciales y militares existentes entre los pueblos mediterráneos.⁵¹

Lejos de erosionar las diferencias, las disposiciones jurídicas contenidas en los tres acuerdos examinados –al menos según las palabras empleadas por el historiador megalopolitano– resultan manifestación clara de la emergencia de intencionalidades contrapuestas. Estos ejemplos –y muchos otros que se podrían también sumar– ilustran el papel relevante que, desde sus orígenes, ha cumplido el derecho internacional como canalizador de las relaciones exteriores y como expresión escrita de pretensiones de poder muchas veces difíciles de asir.

⁵¹ Acerca de la importancia de Polibio para comprender las prácticas diplomáticas romanas en esta época, ver GUELFUCCI, M. R. (2006) “Guerres et diplomatie romaines (IVe-IIIe siècles) dans les Histoires de Polybe; éléments de philosophie politique”. En CAIRE, E. y PITTIA, S. (eds.). *Guerre et diplomatie romaines (IVe-IIIe siècles av. J. C.). Pour un réexamen des sources*. Aix-en-Provence: Publications de l’Université de Provence, pp. 13-25.

IV. Bibliografía

ANGHIE, A. (2005). *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

ARON, R. (2019). “Le paradigme réaliste”. En BATTISTELLA, D. CORNUT, J. y BARANETS, É. (eds.). *Théories des relations internationales*. 6^a edition. Paris: Sciences Po, pp. 121-168.

AYMARD, A. (1957). “Les deux premiers traités entre Rome et Carthage”. En *Revue des études anciennes*, 59, pp. 277-293.

BADIAN, E. (1958). *Foreign Clientelae (264-70 BC)*. Oxford/Nueva York: Oxford University Press.

BEAULAC, S. (2004). *The Power of Language in the Making of International Law: The Word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia*. Leiden: Brill.

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

BONK, P. (1974). *Defensiv- und offensivklauseln in griechischen Symmachieverträgen* (PhD, Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität). Bonn.

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

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

BUIS, E. J. (2021). “The Politics of Anti-Politics: Historiographies of International Law and the Paradox of Antiquity”. En PETERS, A. y SCHÄFER, R. (eds.). *Politics and the Histories of International Law. The Quest for Justice*. Leiden/Boston: Brill/Nijhoff, pp. 430-454.

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

BÜTTNER-WOBST, Th. (1922) *Polybius. The Histories*. Volume II: Books 3-4 (Loeb Classical Library). Cambridge (MA): Harvard University Press.

CHAMPION, B. C. (2011). “Polybius and the Punic Wars”. En HOYOS, B. D. (ed.). *A Companion to the Punic Wars*. Malden: Wiley-Blackwell, pp. 95-110.

COHEN, R. (1996). “All in the Family: Ancient Near Eastern Diplomacy”. En *International Negotiation*, 1, pp. 11-28.

CORNELL, T. J. (1995). *The Beginnings of Rome. Italy and Rome from the Bronze Age to the Punic Wars (c. 1000-264)*. Londres: Routledge.

COUVENHES, J. C. (2016). “Introduction. La symmachia comme pratique du droit international dans le monde grec”. En COUVENHES, J. C. (ed.). *La symmachia comme pratique du droit international dans le monde grec. D’Homère à l’époque hellénistique* (DHA supplément 16). Besançon: Presses Universitaires de Franche-Comté, pp. 13-49.

CRISTOFANI, M. (1991). “Gli etruschi e i fenici bel Mediterraneo”. En ACQUARO, E. et al. (eds.). *Atti del II Congresso*

Internazionale di Studi Fenici e Punici. Roma, 9-14 novembre 1987. Vol. I. Roma: Consiglio Nazionale delle Ricerche, pp. 67-75.

DAVID, M. (1946). “The Treaties Between Rome and Carthage and their Significance for our Knowledge of Roman International Law”. En DAVID, M., VAN GRONINGEN, B. A. y MEIJERS, E. M. (eds.). *Symbolae ad Jus et Historiam Antiquitatis pertinentes Julio Christiano van Oven dedicatae (Symbolae van Oven)*. Leiden: Brill, pp. 231-250.

DAVID, S. (2000). “Realism, Constructivism, and the Amarna Letters”. En COHEN, R. y WESTBROOK, R. (eds.). *Amarna diplomacy: the beginnings of international relations*. Baltimore/Londres: The Johns Hopkins University Press, pp. 54-67.

DÍAZ TEJERA, A. (1997). “Polibio 3, 24, 1: el segundo tratado entre Roma y Cartago. Problemas de interpretación y textuales”. En URÍAS MARTÍNEZ, R. y PRESEDO VELO, F. J. et al. (eds.). *XAIPE. II Reunión de Historiadores del Mundo Antiguo. Homenaje al profesor Fernando Gascó*. Sevilla: Scriptorium, pp. 261-268.

ECKSTEIN, A. M. (2006). *Mediterranean Anarchy, Interstate War, and the Rise of Rome*. Berkeley/Los Ángeles: University of California Press.

ESPADA RODRÍGUEZ, J. (2013). *Los dos primeros tratados romano-cartagineses. Análisis historiográfico y contexto histórico*. Barcelona: Universitat de Barcelona.

FERNANDEZ, J. (2019). *Relations internationales*. 2ª edición. París: Dalloz.

FERRER MAESTRO, J. J. (1986-1987). “Los tratados romano-

púnicos en los inicios de la expansión marítima de Roma”. En *Millars*, 11, pp. 113-121.

GARCÍA RIAZA, E. y SANZ, A. M. (2019). “Estudio introductorio. Entre la adhesión y la sumisión: los pueblos de Occidente ante el pragmatismo romano”. En GARCÍA RIAZA, E. y SANZ, A. M. (eds.). *In fidem venerunt. Expresiones de sometimiento a la República Romana en Occidente*. Madrid: Dykinson, pp. 9-26.

GÓMEZ DE CASO ZURIAGA, J. (1994). “El olvidado tratado del 239/8, sus fuentes y el número de tratados romano-púnicos”, *Polis* 6; pp. 93-141.

GSELL, S. (1920). *Histoire ancienne de l'Afrique du Nord*. Tome I: “Les conditions du développement historique. Le temps primitifs, la colonisation phénicienne et l'Empire de Carthage”. París: Hachette.

GUELFUCCI, M. R. (2006) “Guerres et diplomatie romaines (IV^e-III^e siècles) dans les Histoires de Polybe; éléments de philosophie politique”. En CAIRE, E. y PITTIA, S. (eds.) *Guerre et diplomatie romaines (IV^e-III^e siècles av. J. C.). Pour un réexamen des sources*. Aix-en-Provence: Publications de l'Université de Provence, pp. 13-25.

HERNÁNDEZ PRIETO, E. (2017). *Hispania y los tratados romano-púnicos* (Anejos de Veleia, 36), Vitoria-Gasteiz: Universidad del País Vasco/Euskal Kerriko Unibersitatea.

HEURGON, J. (1971). *Roma y el Mediterráneo Occidental: hasta las Guerras Púnicas*. Barcelona: Labor.

HEURGON, J. (1979). “Sur l'interdiction de naviguer au-delà du

Beau-Promontoire dans le premier traité entre Rome et Carthage (Pol., III, 22-23)”. En *Antiquités africaines*, 14, pp. 37-42.

HOYOS, B. D. (1984). “The Roman-Punic Pact of 279 B.C. Its Problems and its Purpose”. En *Historia*, 33, pp. 402-439.

HUSS, W. (1985). *Geschichte der Karthager*, Munich: Beck.

LÓPEZ CASTRO, J. L. (1991). “Cartago y la Península Ibérica: ¿imperialismo o hegemonía?”. En *Treballs del Museu Arqueologic d'Eivissa e Formentera*, 25, pp. 73-86.

MERANTE (1970). “Sui rapporti greco-punici nel Mediterraneo occidentale nel VI secolo a. C.”. En *Kokalos*, 16, pp. 98-138.

MONCAYO, G., VINUESA, R. E. y GUTIÉRREZ POSSE, H. D. T. (1997). *Derecho Internacional Público*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Zavalía.

MOMMSEN, T. (1983). *Desde la expulsión de los reyes hasta la reunión de los Estados itálicos*. Madrid: Turner.

MORGENTHAU, H. J. (1948). *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*. Nueva York: Alfred A. Knopf.

MUÑOZ MUÑOZ, F. (1986). *Los inicios del imperialismo romano: la política exterior romana entre la Primera y la Segunda Guerra Púnica*. Granada: Universidad de Granada.

NENCI, G. (1958). “Il trattato romano-cartaginesi κατά την Πύρρου διάβασιν”. En *Historia*, 7, pp. 263-299.

PALLOTTINO (1963). “Les relations entre les Étrusques et

Carthage du VII^e au III^e siècle avant J. C. Nouvelles données et essai de périodisation”. En *Les Cahiers de Tunisie*, 44, pp. 23-29.

PALMER, R. E. A. (1997). *Rome and Carthage at Peace*. Stuttgart: Franz Steiner.

PASSERINI, A. (1943). “Sulle trattative dei Romani con Pirro”. En *Athenaeum*, 21, pp. 92-112.

PHILLIPSON, C. (1911). *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*. II Vol. Londres: Macmillan and Co. Ltd.

PICARD, G. C. (1968). *The Life and Death of Carthage*. Londres: Sidgwick & Jackson.

REBUFFAT, R. (1966). “Les Phéniciens à Rome”. En *Mélanges d'archéologie et d'histoire*, 78(1), pp. 7-48.

RICHARDSON, J. S. (2008). “Rome’s Treaties with Carthage: Jigsaw or Variant Traditions?”. En DEROUX, C. (ed.). *Studies in Latin Literature and Roman History XIV*. Bruselas: Latomus, pp. 84-94.

ROCHE, J. J. (2016). *Théories des relations internationales*. 9^a edición. París: LGDJ.

ROLDÁN, J. M. (1994). *El imperialismo romano. Roma y la conquista del mundo mediterráneo (264-133 a.C.)*. Madrid: Síntesis.

ROSSELLÓ CALAFELL, G. (2022). *Relaciones exteriores y praxis diplomática cartaginesa. El período de las Guerras Púnicas*. Sevilla/Zaragoza: Editorial Universidad de Sevilla/Prensas de la Universidad de Zaragoza.

SCARDIGLI, B. (1991). *I trattati romano-cartaginesi*. Pisa: Scuola Normale Superiore.

SCARDIGLI, B. (2011). “Early Relations Between Rome and Carthage”. En HOYOS, B. D. (ed.). *A Companion to the Punic Wars*. Malden: Wiley-Blackwell, pp. 28-38.

SCHEIBELREITER, P. (2013). *Untersuchungen zur Vertragsrechtlichen Struktur des Delisch-Attischen Seebundes*. Viena: Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften.

SCHEIDEL, W. (2013). “Studying the State”. En BANG, P. F. y SCHEIDEL, W. (eds.). *The Oxford Handbook of the State in the Ancient Near East and Mediterranean*. Oxford: Oxford University Press, pp. 5-57.

SCULLARD, H. H. (1990). “Carthage and Rome”. En WALBANK, F. W., ASTIN, A. E., FREDERIKSEN, M. W. y HOYOS, D. (eds.). *The Cambridge Ancient History*, 7(2). Cambridge: Cambridge University Press; pp. 486-572.

SERRATI, J. (2006). “Neptune’s Altars: The Treaties Between Rome and Carthage (509-226 B.C.)”. En *Classical Quarterly*, 56(1), pp. 113-134.

THIEL, J. H. (1946). *Studies on the History of Roman Sea-Power in Republican Times*. Ámsterdam: North-Holland Publishing Company.

THIEL, J. H. (1954). *A History of Roman Sea-Power Before the Second Punic War*. Ámsterdam: North-Holland Publishing Company.

TOYNBEE, A. J. (1965). *Hannibal’s Legacy. The Hannibalistic War’s Effects on Roman Life*. Vol. I. Londres/Oxford: Oxford University Press.

TRUYOL Y SIERRA, A. (1998). *Historia del derecho internacional público*. Madrid: Tecnos.

VASQUEZ, J. A. (1998). *The Power of Power Politics: From Classical Realism to Neotraditionalism*, Cambridge: Cambridge University Press.

WALBANK, F. J. (1970). *A Historical Commentary on Polybius*. Vol. I (Books I-VI). Oxford: Oxford University Press.

WALTZ, K. (1979). *Theory of International Politics*, Boston: McGraw-Hill.

WILLIAMS, M. C. (2007). *Realism Reconsidered: The Legacy of Hans Morgenthau in International Relations*, Oxford: Oxford University Press.

WHITTAKER, C. R. (1978). “Carthaginian Imperialism in the Fifth and Fourth Centuries”. En GARNSEY, P. y WHITTAKER, C. R. (eds.), *Imperialism in the Ancient World*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 59-90.

ZELANTI, A. (2019). “Carthage et le contrôle des littoraux africains: les deux premiers traités romano-carthaginois”. En *Revue historique*, 690, pp. 227-249.

ZIEGLER, K. H. (2010). “Völkerrecht in den antiken Welten”, en LANG, M., BARTA, H. y ROLLINGER, R. (eds.). *Staatsverträge, Völkerrecht und Diplomatie im*

¿Es poder trabajar bajo relación de dependencia a cambio de una remuneración un principio general del derecho?

Por Juan Carlos Ghirardi⁵²

I. Presentación del problema

Hablando de la actividad humana, ¿qué significa “trabajo” y cómo está conceptualizado socialmente el trabajador? Acudamos al *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* que nos suministra varias definiciones, y transcribamos algunas de ellas: “Es el esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza”. En este sentido, la voz se opone a “capital”, por lo cual tiene connotaciones especiales de tipo laboral. El *Diccionario* también ofrece significados como

⁵² Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Romano de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador Categoría I. Presidente emérito de ADRA.

“Estrechez, miseria o necesidad con que se pasa la vida”, “Penalidad, tormento o suceso infeliz” y “Dícese de cualquier ocupación ineludible que se hace a disgusto”.

Como muestra es suficiente. Si nos atenemos a estos conceptos, “trabajar” por cuenta propia o bajo relación de dependencia sería igual ya que salvo —quizás— la primera de las definiciones citadas, el *Diccionario* no hace distinciones. No pareciera ser algo particularmente honroso o dignificante para el hombre.

Así lo entendieron griegos y romanos, que valoraban por sobre todas las cosas al “ocio”,⁵³ entendido precisamente como “cesación del trabajo, inacción total u omisión de la actividad”,⁵⁴ que se contraponía a “negocio”,⁵⁵ voz que implicaba “cualquier ocupación, quehacer o trabajo”.⁵⁶ Algo forzado y esclavizante, que debía evitarse si se podía, aunque con honrosas excepciones para ciertas actividades: ejercer algún oficio para los atenienses, la agricultura para los romanos o la milicia para todos.

Sin embargo, hoy no se piensa de la misma manera, y no se entiende al trabajo humano como una tortura o un castigo, sino como algo dignificante, sea que se lo realice por cuenta propia o bajo las órdenes de otro. Adelanto que la primera de estas modalidades no interesa a los fines de esta exposición.

Cabe entonces preguntarse: ¿es trabajar bajo relación de dependencia y a cambio de una remuneración un derecho humano? ¿Fue así siempre? ¿O, por el contrario, constituye un castigo como podría inferirse de un pasaje bíblico?⁵⁷ El objeto concreto que se persigue es

⁵³ Del latín *otium*.

⁵⁴ Volviendo al *Diccionario de la Real Academia*.

⁵⁵ Del latín *negotium*.

⁵⁶ El mismo *Diccionario*.

⁵⁷ Según el Antiguo Testamento, luego del pecado original Dios expulsó a Adán del Paraíso diciéndole que en adelante “debía ganar el pan con el sudor de su frente”.

indagar acerca de lo que la humanidad pensó, a lo largo del devenir de los siglos, acerca de lo que significaba trabajar por cuenta de otro, sin agotarse aquí sin embargo porque subsiste otro asunto de interés. ¿Estuvo siempre el trato dispensado al trabajador en consonancia con la idea que la sociedad se fue formando sobre la dignidad que implica trabajar? ¿Lo está hoy?

Trataré de responder estos interrogantes.

II. En el origen de los tiempos

Según la tradición judeocristiana contenida en el Antiguo Testamento,⁵⁸ Yavé⁵⁹ creó el mundo, y también el hombre y la mujer a los cuales colocó en el jardín de un hermoso lugar de Oriente, llamado Edén, para que lo cultivaran y cuidaran,⁶⁰ referencia ésta que quizás sea la primera alusión al trabajo humano que trae el texto bíblico. Allí había todo tipo de árboles, agradables de ver y productores de frutos comestibles que el primer hombre y la primera mujer podían comer, con excepción solamente de los producidos por uno de ellos, denominado “del Bien y del Mal”.

Lo que siguió es ampliamente conocido: Adán⁶¹ probó a instancias de Eva,⁶² que a su vez había sido inducida a ello por una serpiente, la fruta prohibida lo que provocó la ira divina y la expulsión de la pareja del paraíso que habitaban.

Esta frase está contenida en el Libro del Génesis. 3.17.

⁵⁸ Contenido en la *Santa Biblia* (Ediciones Paulinas Verbo Divino. XXV Edición).

⁵⁹ Dios.

⁶⁰ Génesis 2. Segundo relato de la Creación.

⁶¹ El primer hombre.

⁶² La primera mujer.

En la narración bíblica encontramos dos alusiones al trabajo humano. La primera, agradable y alentadora en cuanto afirma que Yavé puso al hombre en el jardín del Edén para que lo “trabajara y cuidara”, lo que convertiría a la actividad como parte de una suerte de premio. La segunda, en cambio, suena a castigo: luego de la desobediencia habrá que “trabajar para ganar el pan con el sudor de la frente”. ¿Con cuál nos quedamos? Hay que elegir entre la ocupación honorable, privilegiada diríamos, que Yavé dio en principio al hombre de trabajar para cuidar el jardín del Edén, y la segunda, fruto de una sentencia condenatoria que pone al trabajo como una pena necesaria para poder subsistir.

No nos extrañe entonces que la visión de la humanidad acerca del trabajo haya fluctuado durante el transcurso de la historia. Pero lo que puedo en principio afirmar es que, de acuerdo a la versión bíblica, me quedan dudas. ¿Habrá sido el camino honorable para ganar el pan, o un castigo?

III. La concepción grecorromana

Tanto en Grecia como en Roma la labor de la tierra era fundamental. No en vano Homero para representarla coloca en el escudo de Aquiles la siega y la vendimia, lo que implicaba el cereal y la uva, el trigo y la fruta, esenciales para poder subsistir allá en la Grecia primitiva. Y al lado del cultivo, la otra principal fuente de riqueza resultaba la ganadería, porque el hombre había aprendido a criar animales, de cuyos productos se valía.

Ahora bien, ¿quién trabajaba en los orígenes de las civilizaciones griega y romana? Lo hacían ya esclavos, ya hombres libres, que son los que nos interesan aquí, pero la mayoría de estos últimos todavía trabajaba por cuenta propia, no como jornaleros, categoría que sin embargo paulatina y gradualmente comenzará a aparecer. Laboraban

las tierras que les pertenecían a ellos, a sus familias o a la comunidad que integraban, pero lo cierto es que por este entonces el trabajo por cuenta ajena, si ya existía, cosa que ignoramos con certeza, no debía revestir mayor relevancia. Y consecuentemente tampoco podemos hablar, ni siquiera en líneas generales, de personas por entonces sujetas a una relación de empleo encuadrándolas como una verdadera categoría independiente de trabajadores.

Ahora bien, al lado de la explotación rural había otros trabajadores, concretamente los artesanos y los comerciantes. Vayamos a estos últimos, que normalmente también eran por lo general hombres libres que, por consiguiente, desempeñaban su actividad en beneficio propio y existieron en Roma desde los orígenes mismos de la urbe. Eso explica por qué el primitivo emplazamiento de ésta debió estar en las inmediaciones de la vía Salaria, por la que pasaban habitualmente los mercaderes que vendían sal.

Cabría agregar algo, y es que frente a la jerarquía en el plano social que confería estar dedicado a la actividad agrícola ganadera, ser comerciante o artesano era socialmente considerado muy inferior. Este concepto no fue privativo de Roma, se repetía en muchos de los otros pueblos de la Antigüedad, con excepción de Atenas, ciudad que se enorgullecía de que cada uno de sus habitantes supiese un oficio. Dedicarse al trabajo manual era entonces el destino de las oleadas de nuevos habitantes, que arribaban a Roma atraídos por la prosperidad creciente de la emergente ciudad. Posiblemente, de entre estas personas surgieron las primeras que prestaron servicios por cuenta ajena.

Pero vayamos a lo que nos interesa aquí: ¿podríamos decir que el poder trabajar por cuenta ajena a cambio de un salario era entonces un principio general del derecho? La respuesta es difícil si consideramos el concepto que los romanos tenían al respecto, porque se consideraba que un empleado se vendía a sí mismo durante su jornada de labor. En ese lapso no era dueño de su tiempo, no podía hacer lo que quería sino lo que el empleador le ordenaba que hiciese. En la práctica era

como si se hubiese vendido como esclavo, aunque fuere a tiempo parcial y conservando los derechos de un ciudadano.

Conviene no olvidar que la palabra trabajo viene de *tripalium*, que era un instrumento de tortura. Trabajar era *tripaliarse*, torturarse, todo a cambio de un salario, que le era necesario para comprar la sal con la cual vivir.

Entonces, y en definitiva, en Roma hacernos ese planteo significaría casi como preguntarnos si sacrificar la libertad a tiempo parcial, o lo que vendría a ser lo mismo, poder torturarse uno mismo, era un principio general del derecho. La respuesta podría ser que sí, pero ¿quién querría gozar de ese dudoso privilegio?

IV. La Edad Media

Podemos decir que esta etapa se vio caracterizada en lo que respecta al trabajo por dos sistemas. Uno de ellos fue el de la servidumbre, es decir, aquella institución del Medioevo que consistía en el trabajo agrícola del siervo de la gleba en beneficio del señor feudal, sin recibir a cambio retribución económica. Por otra parte, seguía funcionando la figura de relación laboral como un vínculo regulado por el contrato de locación de servicios,⁶³ por el cual una de las partes se obligaba a prestar un servicio y la otra a pagar por ello un precio. Especial importancia tuvieron en el desarrollo de esta última las corporaciones de oficios y los municipios acerca de la naturaleza de los cuales no voy a extenderme aquí.

Los siervos desarrollaban las tareas encomendadas por sus amos, trabajando en condiciones muchas veces infrahumanas, siendo a menudo considerados como simples cosas y no como personas o

⁶³ *Locatio conductio operarum*.

sujetos de derecho. En su mayoría realizaban labores de siembra y cosecha, en calidad de parte inescindible de los fundos de los señores feudales para los cuales trabajaban.

No hablemos de descanso hebdomadario, feriados o vacaciones porque no existían, sin perjuicio del receso impuesto por las obligaciones atinentes al culto que debían observarse en las fiestas de guardar, lo que de hecho implicó la intervención de la Iglesia en beneficio de los trabajadores, aunque no teniendo en mira el bienestar de ellos, sino el que se respetase su liturgia. Tampoco existían regímenes diferenciales o más livianos en sus exigencias ni para las mujeres ni para los niños.

Dejando de lado la situación de cuasi esclavitud en que vivían los siervos de la gleba, a quienes por ese motivo no puede calificarse como trabajadores libres bajo relación de dependencia, es indudable que hubo empleados allá por la Edad Media. Fueron los artesanos, sometidos a las órdenes de un patrón que era el respectivo maestro.

En suma, quien se veía obligado a trabajar para vivir no se encontraba precisamente en la cúspide de la pirámide social sino, salvedad sea hecha de los maestros artesanos o de los comerciantes más poderosos, en la base de ésta.

¿Era entonces el trabajo por cuenta ajena un derecho humano? Diría que más bien un deber.

V. La Revolución Industrial y el colonialismo

La Revolución Industrial implicó un cambio en la producción y consumo de bienes por la utilización de instrumentos mecánicos, cuyo movimiento exigía la aplicación de la energía de la naturaleza. Hasta finales del siglo dieciocho el hombre solo había utilizado herramientas, instrumentos inertes cuya eficacia dependía por completo de la fuerza y la habilidad del sujeto que los manejaba. El

motor aparece cuando se consigue transformar la energía de la naturaleza en un movimiento, la unión de un instrumento hábil y un motor señala la aparición de la máquina, el agente que ha causado el mayor cambio en las condiciones de vida de la humanidad.

Paralelamente, uno de los acontecimientos más destacados durante la segunda mitad del siglo diecinueve fue la población y colonización de nuevas tierras. Trece millones de europeos se desplazaron a los Estados Unidos, otros se dirigieron a Australia y a algunos países de Sudamérica. California y Australia ejercieron especial atractivo sobre los buscadores de oro. Este sorprendente movimiento migratorio se pudo realizar porque los transportes se abarataron y facilitaron a los campesinos, que no encontraban trabajo en las ciudades europeas, el traslado a tierras donde existían mejores expectativas laborales.

La mejor alimentación, resultante de la diversificación y de los mejores rendimientos de la agricultura, permitió disminuir la mortalidad infantil y alargar la vida de los europeos. A ello también contribuyeron los progresos de la medicina, especialmente el descubrimiento y la aplicación de las vacunas para atajar las epidemias periódicas que diezaban la población. Así fue que la población de Europa casi se triplicó en número durante el transcurso del siglo diecinueve, siendo su crecimiento más notorio en los países industrializados.

Este aumento demográfico estuvo estrechamente unido al despegue industrial, pues al elevarse la población se contó con abundante mano de obra y un amplio mercado de compra, que garantizaron las ganancias indispensables para nuevas inversiones. El mejoramiento tecnológico de la actividad agrícola liberó mano de obra y, consecuentemente, se produjo el éxodo rural hacia los centros industriales. Las antiguas ciudades fueron adquiriendo una nueva fisonomía, pues la aparición de las fábricas y la aglomeración demográfica consiguiente impusieron cambios urbanísticos por las urgentes exigencias de distribución de agua, servicios de alcantarillado, transportes, parques y lugares de esparcimiento.

Las transformaciones económicas que originó la Revolución Industrial alteraron también las estructuras sociales vigentes desde la Edad Media. En las zonas rurales, el campesino se desvinculó del señorío feudal y se convirtió en un jornalero cuyo trabajo se retribuyó con un salario. En las ciudades, el artesano que trabajaba su propio taller se trasladó a las fábricas en calidad de obrero asalariado y pasó a depender del propietario de las máquinas. Esta nueva situación constituyó el germen de las alteraciones campesinas y de las revoluciones obreras que acontecieron durante la segunda mitad del siglo diecinueve en Europa.

Así, se fue afirmando progresivamente a lo largo del siglo diecinueve un sistema económico en el que la dirección de las empresas pertenecía exclusivamente a los denominados capitalistas. A ello colaboraron diversos factores: la libertad de enriquecimiento que benefició a quienes poseían la capacidad empresarial, la economía de mercado basada en el libre juego de la oferta y la demanda en la fijación de precios y salarios, así como la formación de estos nuevos tipos de empresa, concretamente las sociedades anónimas, únicas dotadas de la capacidad de concentrar en sus manos el capital indispensable para financiar los elevados costos del maquinismo.

Todo este proceso, iniciado a partir de la Revolución Industrial, tuvo hondas repercusiones en la sociedad porque la burguesía desplazó definitivamente a la nobleza como clase rectora en los países occidentales. Los lores ingleses, sin abandonar su carácter y conservando algunos de sus privilegios, se mezclaron con los burgueses y compartieron con éstos las ventajas del auge económico. En Francia y los Países Bajos, la nobleza desapareció como grupo privilegiado. En Alemania, los nobles tuvieron que conformarse con hacer carrera en el ejército y en la diplomacia. Solamente en Rusia, escasamente industrializada, mantuvieron sus prerrogativas hasta el siglo veinte.

En cambio, la burguesía, integrada por los empresarios industriales y los banqueros en la cúspide, así como por profesionales como médicos, ingenieros o abogados, comerciantes y pequeños empresarios,

que conformaban la mediana y pequeña burguesía, impuso su concepción de vida, sus costumbres y valores. Éstos giraron en torno a la riqueza, y exaltaron las virtudes del ahorro metódico, de la constancia en el trabajo y del respeto del orden establecido.

El campesinado, arrojado del campo por la creciente mecanización de las actividades agrícolas motivo por el que había emigrado a las ciudades, junto a los artesanos empobrecidos por el nuevo sistema fabril, dieron origen a una nueva clase social: el proletariado obrero.

¿Es en esta época el trabajo un derecho de todos? Obviamente que sí, pero el problema ahora ya no es si es lícito y aceptable trabajar, sino cómo se retribuye al trabajador y si éste tiene derecho a que esa retribución sea digna y le permita vivir.

VI. El marxismo y la Iglesia

No voy a extenderme sobre las ideas de Karl Marx, que ya han sido materia de un análisis más pormenorizado en otra obra.⁶⁴ Digamos simplemente que trabajó en una intensa investigación, fundamentalmente entre 1861 y 1863, cuyo fruto fue *El Capital*.

Allí identifica como valor de las mercancías al trabajo socialmente necesario para su producción, estando la magnitud de dicho valor determinada por la cantidad y duración de ese trabajo. Porque la fuerza laboral, en definitiva productora de las mercancías, se cambia, se compra y se vende como cualquier otro bien económico, obedeciendo las mismas leyes del mercado, sin importar que detrás de ellas haya un hombre con su familia, concretamente el proletario.

Así, el trabajador asalariado vende su capacidad para trabajar, pero

⁶⁴ GHIRARDI, J. C. (2018). *La consideración social del trabajo y del trabajador*. Córdoba: Eudecor.

esta capacidad es inseparable de la persona y no se puede enajenar aisladamente. Por este motivo, una vez hecho el contrato entre capitalista y trabajador, éste, incluida su personalidad completa, su cuerpo entero, pasa a manos del otro que deviene en dueño de esa mercancía que es el trabajo humano. Lo que implica que el empleador, si puede, va a poner a trabajar al asalariado todo el tiempo que le sea posible, con lo cual sienta la premisa que la jornada laboral puede prolongarse sin límites.

El capitalista paga el valor de la fuerza de trabajo y a cambio recibe el valor creado por el empleo de ella durante la jornada laboral. De esta manera, durante una parte de dicha jornada el empleado trabaja “gratis” para el capitalista. Por eso, los trabajadores asalariados son libres solo en el sentido de que no se hallan en situación de esclavos ni de siervos, ya que ningún poder personal los fuerza a trabajar. Lo que los obliga a ello es el poder impersonal de la economía.

Tal la “ley general de la acumulación capitalista”, conforme la cual, a medida que aumenta la acumulación de capital se produce y consolida necesariamente un número creciente de obreros sobrantes para el sistema, una población supernumeraria que se ve forzada a subsistir en condiciones precarias, lo que a su vez presiona para forzar condiciones de explotación mayores a los demás obreros que tienen empleo. Esto redundará en una mayor miseria para la clase obrera en general. La acumulación de capital en un polo resulta así equivalente a la acumulación de miseria en el otro. La lucha de clases está propuesta.

Esta teoría revolucionaria genera la reacción de la Iglesia Católica. Así, el 5 de mayo de 1891 las ideas que venía formulando un naciente catolicismo social fueron confirmadas oficialmente por el papa León XIII en su encíclica *Rerum Novarum*.

Este documento pontificio ratificó el derecho a la propiedad privada y la función social de ella y la obligación, aunque limitada, que le incumbe al Estado de promover la prosperidad pública y privada, los deberes de los obreros para con sus patrones y sus derechos a un

salario suficiente para vivir con dignidad. Consagró así el aspecto humano y personalista del trabajo y la condenación de la lucha de clases, aunque invitó a los obreros a organizarse en asociaciones para defender sus derechos e intereses. Con él puede decirse que comienza lo que luego se denominará “Doctrina Social de la Iglesia”.

A partir de entonces tres encíclicas papales, que se sucedieron en poco menos de un siglo, cambiarán drásticamente el panorama, y con ellas se consolidará esa doctrina.

La siguiente fue *Quadragesimo Anno*, debida al papa Pío XII y promulgada en reconocimiento al cuadragésimo aniversario de la anterior, el 15 de mayo de 1931. Trata de la restauración del orden social y su perfeccionamiento de acuerdo a los Evangelios.

La tercera resultó *Mater et Magistra*, promulgada por Juan XXIII el 15 de mayo de 1961 y reconocida mundialmente por sus sólidos fundamentos éticos, sociales y cristianos. Allí se reconoce la legitimidad indiscutible de la propiedad privada, a la par que el derecho inalienable del trabajador a una vida digna con un salario justo.

La cuarta y última fue *Laborem Exercens*, tercera encíclica a cargo del papa Juan Pablo II, que se publicó el 14 de septiembre de 1981, en el 90º aniversario de la *Rerum Novarum*, y estaba dirigida a los obispos, sacerdotes en general, familias religiosas, fieles católicos y a todos los hombres de buena voluntad. Su tema central era la situación del trabajo y los trabajadores. Buscaba mostrar de qué manera los regímenes socialistas tratan a los seres humanos, tomados como instrumentos de producción y no como personas que son sujetos de trabajo. Por otra parte, señala que a su vez en el mercantilismo se los sigue considerando como mercancía, sujeta al mercado de la oferta y la demanda, cosa que ha implicado la proletarización de los intelectuales y su desempleo, incrementando el problema social.

Como puede advertirse, el siglo diecinueve y la primera mitad del veinte fueron una época de grandes cambios sociales y de enorme relevancia en lo que hace a la valoración del trabajo humano. Ya no se discute si todos los hombres tienen derecho a trabajar bajo relación

de dependencia, eso se presupone, el acento está puesto ahora en extender ese derecho a las condiciones en que se prestan tales servicios y en garantizar que todos, hombres y mujeres sin distinciones de ninguna índole, puedan gozar de éste.

VII. El último siglo

El siglo veinte se distingue por la paulatina formación y creciente consolidación de una nueva clase social, la denominada clase media, integrada por profesionales tales como profesores, médicos, abogados o ingenieros, para citar solamente algunos de ellos, así como por funcionarios públicos, militares, empleados de alguna jerarquía, pequeños comerciantes, empresarios técnicos y artistas, entre otros. Con lo cual, el panorama de la sociedad va a cambiar drásticamente, siendo la primera consecuencia de este cambio la inclusión de algunas categorías de asalariados en este nuevo estrato social, a los que los restantes integrantes del mismo acogerán en su seno.

Conforman estas categorías que han logrado elevarse a la clase media los empleados públicos en general, con puestos normalmente estables y salarios dignos, así como los privados abocados a tareas administrativas que no requieren esfuerzo físico tales como bancarios, dependientes de comercio, trabajadores de oficina. Son los nuevos pares, aunque muchas veces se ubican en una situación superior y a veces gozan de un nivel de vida inclusive más alto, de los emprendedores independientes o profesionales liberales.

¿Qué nos queda en el otro extremo? Todavía los trabajadores manuales en general, para quienes la vida seguirá siendo dura, muy dura. Forzados a cumplir jornadas extenuantes para poder subsistir, constituirán los nuevos relegados de la sociedad hasta que las cosas comiencen a cambiar. Es que la Revolución Industrial nacida en Inglaterra dio origen a grandes masas de obreros que vivían en la

pobreza y trabajaban en condiciones realmente inhumanas, clase social conocida como “proletariado”, como ya se expuso.

Esta clase obrera comenzó a organizarse, aun cuando el desarrollo de esa organización tuvo lugar en diferentes países, bajo condiciones diferentes y evolucionó a través de varias etapas. Se trató de un proceso largo y arduo, que finalmente culminó tras años de lucha, dando forma a las primeras organizaciones de trabajadores: cofradías, mutualidades, hermandades, *trade unions*, cámaras sindicales, entre otras.

En un principio, estas asociaciones obreras fueron naciendo en las diversas ramas de la producción como consecuencia de los esfuerzos espontáneos de los trabajadores, a los fines de conducir y homogeneizar una lucha colectiva destinada a unirse y a defender sus intereses estrictamente profesionales. La labor era titánica y las primeras reivindicaciones se limitaron a los problemas del momento como salarios, horarios de trabajo, legalidad de hacer paro, competencia, que fueron los principales.

Ahora bien, los rasgos que revistió el movimiento sindical considerado a nivel internacional fueron determinados por las condiciones históricas particulares de cada país, que mostraban un desarrollo capitalista desigual, así como diferentes fueron el grado de conciencia de clase del proletariado en cada lugar y la coyuntura política que en los diversos Estados se vivía. Pero el movimiento de organización de la clase obrera fue en el mismo sentido, al menos en todos los Estados occidentales.

Dejando al margen el desarrollo de las internacionales obreras que agrupaban no solo a los sindicatos, sino también a los partidos políticos clasistas, digamos que se fueron conformando también organizaciones sindicales en el ámbito internacional. Sin embargo, la organización del movimiento sindical a esa escala requería un trabajo arduo. Los primeros esfuerzos se hicieron en sectores de la producción tales como el del tabaco, cerámica, tipografía, entre otros. El papel de estos sindicatos estaba limitado por el estrecho marco de una categoría

profesional y tenían como tarea intercambiarse las plataformas reivindicativas, así como apoyarse económicamente.

Y como colofón de todo nace la Organización Internacional del Trabajo, que fue fundada en 1919 luego de extensas negociaciones que tuvieron lugar entre gobiernos, sindicatos y asociaciones de empleadores. Para constituirla se tomó como base la previa Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores, que había sido creada en Basilea allá por el año 1901.

Ello sucedió en la conferencia de Washington celebrada entre el 29 de octubre y 29 de noviembre de 1919, en la que participó como representante de las organizaciones obreras españolas Francisco Largo Caballero, secretario general de la socialista Unión General de Trabajadores. Allí resultó elegido miembro de su Consejo de Administración, colaborando muy estrechamente con el primer director general de la OIT, el francés Albert Thomas.

La Organización Internacional del Trabajo se estructuró desde un principio, muy posiblemente debido a los entes que fueran protagonistas de su creación, con un liderazgo tripartito integrado por representantes de los gobiernos, los trabajadores y los empleadores.

Finalizada la Guerra Fría se inicia el proceso de globalización mundial, lo que a su vez trajo aparejado un deterioro de los derechos laborales, cosa que, en mayor o menor medida, se verifica en todos los países del orbe. Por ello la OIT ha tomado desde entonces y decididamente la función de defensora de los trabajadores, insistiendo reiteradamente en priorizar el cumplimiento de las Normas y Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo en materia de libertad sindical, negociación colectiva, abolición del trabajo forzoso, abolición del trabajo infantil y eliminación de todo tipo de discriminación, con la finalidad de priorizar los conceptos de empleo digno y democratización de la globalización.

Agreguemos que los trabajadores también tienen ya desde el siglo veinte su propio día, el Día del Trabajador, fijado en muchos países el 1º de mayo por estimarse que esa fecha marca el verdadero origen

del movimiento obrero moderno. Sin embargo, hay algunos que lo conmemoran en fechas diferentes, como los Estados Unidos y otros de estirpe anglosajona. Estados Unidos y Canadá fijaron la celebración el primer lunes de septiembre,⁶⁵ Nueva Zelanda el cuarto lunes de octubre, y hay otras fechas que no nos interesan a los fines de este trabajo.

En suma, llegando a nuestros días, nadie discute hoy que el poder trabajar a las órdenes de otro y a cambio de un salario digno sea un principio general del derecho, lo que nos lleva a la conclusión de este breve ensayo.

VIII. Conclusión

En principio, la conclusión parecería ser sencilla. A la pregunta formulada al inicio acerca de si trabajar bajo relación de dependencia y a cambio de una remuneración es un derecho humano habría que responder que sí. Y, más aún, podríamos afirmar que el derecho se extiende a que ese trabajo se realice en condiciones dignas y a cambio de una remuneración adecuada.

Salvaguardar esa facultad que es inherente a todos los seres humanos constituye entonces un principio general del derecho aunque, como sucede con todos éstos, haya situaciones en que no se lo respeta o existen quienes busquen eludir su implementación en la práctica. Con esto podría llegar al final de este breve ensayo, pero...

Pero permítaseme formular algunas apreciaciones, muy personales y fruto de más de cuarenta años de ejercicio de la profesión de abogado en materia laboral, sobre cómo opera la recepción de este principio general en la Argentina de hoy.

⁶⁵ Se conocen la festividad como *Labor Day*.

En nuestro país está vigente la Ley 20.744 que regula el contrato de trabajo, la cual tiene una importante cantidad de normas que la complementan. Podríamos decir que la situación de un asalariado, tal como la regulan todas esas leyes, es la ideal. Y sin embargo...

Sin embargo, y a poco que nos internemos en la realidad, las cosas no son tan así, porque esta legislación laboral resulta anacrónica. Está pensada para una sociedad como la de la época de Karl Marx, cuando una masa inmensa de obreros era explotada despiadadamente por una minoría opulenta de capitalistas voraces a los que había que poner coto, garantizando a sus operarios el goce de los derechos humanos fundamentales, en el marco de una guerra de clases despiadada y sin cuartel.

No desconozco que esos capitalistas subsisten en la sociedad actual, pero ellos ya no acaparan la totalidad de los roles de empleadores, ya que entre estos últimos hay una inmensa cantidad de personas que, lejos de estar al tope de la pirámide social, integran la clase media, al igual que sus empleados. Es gente de trabajo que, a fuerza de sacrificio y tesón, ha logrado montar un pequeño emprendimiento, que lleva adelante con su esfuerzo personal y ayudado por algún reducido grupo de operarios a los que da trabajo y con ello un medio decoroso de ganarse la vida.

Pero resulta que, en este esquema, esos operarios están colocados en un marco superior al que se encuentra quien les da trabajo. Ellos tienen un salario asegurado, con aguinaldo y vacaciones. Están cubiertos por sus empleadores o por las aseguradoras que éstos deben contratar de los riesgos de sufrir un accidente de trabajo. Tienen garantizada una indemnización a cargo de sus patrones para el caso que su estado físico o su salud se deterioren, cosa que invariablemente sucede simplemente por la edad. Y, por sobre todo, la ley les asegura estabilidad de sus empleos so pena del pago de cuantiosas indemnizaciones para los casos de despido, a menos que se pruebe que ellos fueron quienes dieron lugar a la cesantía, cosa en la práctica resulta difícil de acreditar ya que en un juicio existe una presunción según

la cual en la duda debe preferirse el interés del trabajador, *in dubio pro operario*.

Los pequeños empleadores no tienen ninguno de estos beneficios, si se enferman y no trabajan no perciben ingresos, nadie les garantiza ni vacaciones, ni un jornal fijo, ni mucho menos aguinaldos o cobertura en caso de que la edad deteriore su capacidad laboral. Mucho menos gozan de estabilidad en el giro de sus negocios y no hay nadie que los indemnice si deben cerrarlos, aunque en este caso ellos sí deben indemnizar a sus empleados.

En suma, todo este cúmulo de situaciones hace que en muchos, diría que desafortunadamente en muchísimos casos, las relaciones laborales no se registren debidamente como tales. Hay numerosas formas de disfrazar un vínculo de empleo, bajo la forma de pasantías, becas, actividad monotributista, contratos temporarios o, lisa y llanamente, trabajo “en negro”. Y acuden a ellas no solo empleadores particulares, sino, esto es lo más ininteligible, aún el mismo Estado. Lo he dicho más de una vez: la excesiva protección redonda muchas veces en lisa y llana desprotección.

¿No sería hora de adecuar nuestra legislación laboral a los tiempos en que vivimos? Quizás así se lograría que este principio general del derecho fuese totalmente operativo.

In dubiis

Por Patricio Lazo González⁶⁶

Resumen

El objetivo de este trabajo es examinar algunos aspectos de la regla interpretativa, de origen romano, *in dubiis benignior interpretatio*. Aunque ella tiene una extensión muy amplia y son muy numerosos los supuestos de su aplicación, el trabajo se centra en unos pocos, a fin de examinar su función en la resolución de dudas interpretativas, esto es, como una regla de preferencia entre dos o más opciones igualmente posibles. En la parte final del trabajo, la regla de interpretación se pone en conexión con la idea de principio de derecho, ofreciéndose en torno a su conexión una hipótesis de trabajo.

⁶⁶ Profesor titular (catedrático) de Derecho romano de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

I. Introducción

En la ciencia del derecho, pero también en la práctica de los tribunales, es habitual encontrar que algún principio es invocado como *ratio decidendi* dentro de un argumento interpretativo. Un contexto para ello lo da la necesidad de colmar una laguna legal; en otras oportunidades, se trata de una genuina duda interpretativa. En cualquier caso, hablamos de situaciones en las cuales, por regla general, hay una norma jurídica aplicable al caso, que admite, sin embargo, más de una interpretación posible. Por lo mismo, el problema que se presenta al intérprete es el de hacer uso de un criterio que permita inclinar la decisión a favor de una de las posibilidades en juego. Al contrario de lo que ocurriría con un equilibrista, que busca no caer y mantenerse estable sobre una cuerda, las dudas interpretativas requieren un argumento que permita fundar una elección por una de las opciones en juego. Tal criterio de solución debiera permitir a la decisión no solo ser consistente con la lógica interna del ordenamiento, sino, al mismo tiempo, justificarse externamente, es decir, hacerse consistente con un sistema de valoraciones protegidas por el sistema jurídico, de modo tal de evitar a su respecto cualquier forma de arbitrariedad.

La pregunta que se impone es cómo y dónde encontrar dichos criterios de solución. Para tal cuestión podrían existir distintas respuestas, pero me parece que el camino que ofrece un alto grado de seguridad es aquel que es capaz no solo de identificar el criterio y sus condiciones de aplicación, sino que también pueda aportar información acerca de cómo llegó a forjarse y a formar parte del sistema de valores amparados por el ordenamiento jurídico. Y es que, como ocurre con tantas cosas en el derecho, la existencia de criterios de decisión ante dudas interpretativas como aquellas de las que aquí se ha venido hablando, suele ser el resultado de una historia que tiende a convencernos de las razones para adoptar de dicho criterio de solución.

II. D. 34, 5: Un título del Digesto sobre las dudas interpretativas

Para expresar la idea de duda el latín se vale –al igual que el español– tanto de un sustantivo, *dubium*, como de un adjetivo, *dubius*. Con el primero se indica la duda, pero también se designa con ella el peligro o el riesgo, como en la expresión “*libertas et anima nostra in dubio est*”.⁶⁷ El adjetivo *dubius*, por su parte, acentúa algo más la referencia a la significación de lo dudoso, incierto o irresoluto, en el sentido de algo que no encuentra su camino, algo que se encuentra en estado de agitación. Entre sus muchas equivalencias se encuentra el adjetivo *ambiguus*. Lo dudoso y lo ambiguo guardan así una muy estrecha relación, de modo que podría afirmarse que si en un texto existe ambigüedad, ello muy probablemente será la causa de existir una duda en cuanto a su sentido.

Como se verá más adelante, las coincidencias entre la idea de duda y la de ambigüedad se entrecruzan en el derecho romano. Por ahora consignemos que en el Digesto se destina un título del libro 34 a las dudas interpretativas, a saber, D. 34, 5 (*De rebus dubiis*), integrado por 29 fragmentos. Se trata de un título cuya composición debió obedecer a la necesidad de proveer de herramientas eficaces para la interpretación de ciertas disposiciones –normalmente, testamentarias– y cuyo contenido ha llamado la atención de los intérpretes.⁶⁸

⁶⁷ Sall. *B. C.* 52, “Nuestras libertad y vida están en peligro”.

⁶⁸ Entre los siglos XV y XVI destacan dos autores con sendas obras monográficas sobre este título: SOCCINI, B. (1498). *Super titulo De rebus dubiis*. Bologna y DONELLUS (1571). *Ad titulum digestorum, de rebus dubiis, comentarium*. Bouges, en cuyo proemio se lee: “*Res, facta sunt, et caussae de quibus agitur. Dubiae sunt, de quibus vnum aliquid ex his quaeritur, aut vtrum aliquid factum sit, nécne*”. Más recientes son los trabajos de FLORÍA HIDALGO, M. (1996). “De rebus dubiis”. En *Boletín de la Facultad de Derecho*, 10-11, 2ª época, pp. 131-142

En él encontramos varios supuestos referidos a ciertas disposiciones testamentarias –normalmente, sobre legados y fideicomisos–, cuyo cumplimiento se dificulta debido a las dudas que se plantean a propósito de la redacción de éstas. Por consiguiente, se ofrecen en el título ciertas reglas que orientan al intérprete en la resolución de tales dudas. Así ocurre con el siguiente fragmento: D. 34, 5, 12(13) (Iul. 50 dig.). *Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat* (“Siempre que resulta ambigua una expresión en las acciones o excepciones, resulta lo más práctico entenderla en el sentido de que prospere la acción entablada a que se frustré”).

Es posible observar en este pasaje que la ambigüedad es la causa de un problema interpretativo (¿qué se quiso decir en una acción o en una excepción con una determinada expresión?), al que se intenta dar solución mediante el criterio de seleccionar aquella interpretación que permita a la acción prosperar. Es un ejemplo de cómo la ambigüedad es un problema constante, así como de su estrecha relación con la noción de duda; de ahí el interés por conocer más de ella. Conviene, por lo tanto, indagar más en torno al concepto de ambigüedad.

A la ambigüedad⁶⁹ hacen referencia varios pasajes de la retórica

y SIGNORINI, R. (2014). *D. 34, 5. De rebus dubiis. Profili sistematici e rassegna casistica*. Milán: Giuffrè.

⁶⁹ Sobre el uso de *ambiguitas* en la jurisprudencia romana, véase TAFARO, S. (1994). “Ambiguitas”. En *Atti del Convegno Internazionale ‘Il latino del Diritto’*. Roma: Università degli Studi di Roma, p. 97 y ss; TAFARO, S. (1994). *Il giurista e l’ambiguità. Ambigere, ambiguitas, ambiguus*. Bari: Cacucci; GUZMÁN BRITO, A. (2000). *Historia de la interpretación de las normas jurídicas en el derecho romano*. Santiago: Ediciones del Instituto Juan de Solórzano y Pereyra, p. 94, señala que el verbo *ambigere* “tiene el sentido de ‘actuar en un lado y otro a la vez’, pero más

latina –con indudable influencia griega–. Lo que expone Cicerón en *de inv.* 2, 40, 116, al afirmar que “*ex ambiguo autem nascitur controversia, cum, quid senserit scriptor, obscurum est, quod scriptum duas pluresve res significat*” (“De lo ambiguo nace la controversia, si es que resulta oscuro lo que ha querido el autor, de modo tal que lo escrito signifique una o más cosas”) permite asomarse al hecho de que en la retórica latina la ambigüedad es un concepto que se relaciona estrechamente con problemas propios del derecho. De ahí que, desde una perspectiva jurídica, resulte incluso familiar un razonamiento como el que expone Cicerón.

Pero si la ambigüedad es una noción cuyo uso se conecta con el campo del derecho, podría llamar la atención el hecho de que D. 34, 5 sea acerca de las cosas dudosas (*de rebus dubiis*) y no de las cosas ambiguas. Tafaro conjetura la relación entre ambos conceptos cuando se pregunta si

la investigación sobre la ambigüedad no debería implicar también la de la duda, para verificar en qué otras hipótesis los juristas, al hablar de *dubitatio*, de *dubitare*, de *dubium*, habían pretendido enmarcar la cuestión examinada en el contexto de la ambigüedad, al menos en relación con el esquema básico y esencial propuesto por *ambiguitas*, es decir, de una

específicamente se usó para ‘poner sobre los platillos de la balanza’, de donde el efecto de ‘dejar en suspenso por los dos lados’ y finalmente ‘dudar’, pero también ‘disputar’” Luego, lo que es ambiguo es, al mismo tiempo, dudoso y ocasión de disputa; es decir, plantea la necesidad de disipar ésta mediante un criterio de solución que resulte aplicable. No faltaron ocasiones a los juristas romanos para habérselas con problemas de estas características, lo que los animó a encontrar ciertos criterios de solución, tales como la indagación de la voluntad, por ejemplo, en D. 34, 5, 3 (Paul.), o del sentido, por ejemplo, D. 50, 17, 96 (Maec.), o bien la elección de la acepción que carezca de vicio, por ejemplo, D. 1, 3, 19 (Cels.), solo por nombrar algunos.

cuestión respecto de la cual eran posibles dos o más interpretaciones, todo con alguna razón de plausibilidad.⁷⁰

La existencia del título *De rebus dubiis* confirmaría que las ideas de duda y de ambigüedad están estrechamente conectadas, de modo que lo que es ambiguo es, al mismo tiempo, dudoso. Por lo demás, el verbo *dubitare* es ampliamente usado en las fuentes romanas.⁷¹

Lo anterior nos proporciona entonces un primer dato: los problemas de interpretación se expresarían a través de dudas, las que, a su turno, tendrían por causa la ambigüedad de una o más disposiciones. Tales dudas, a su vez, supondrían la situación esbozada por Cicerón, a saber, que no aparecería claro para el intérprete cuál camino tomar (ante la existencia de dos o más posibles). Por lo mismo, sería necesario contar con mecanismos que ayuden al intérprete a resolver la duda en uno de los sentidos posibles. Tal es el contexto que explica la existencia de estos mecanismos y, puesto que ellos orientan una preferencia por una de las opciones en juego, nos referiremos a ellos como “criterios de preferencia”.

Podríamos agregar que la existencia de criterios de preferencia dentro de un sistema jurídico refleja un alto nivel de desarrollo interpretativo. El ejemplo que tenemos a la mano es, precisamente, la jurisprudencia romana clásica, en cuyo seno florece un número significativo de tales criterios. Y parece por lo demás lógico que así sea, si se tiene en cuenta que a la mirada que la jurisprudencia tiene sobre su propia actividad (sintetizada en la tríada de verbos *agere, cavere, respondere*) subyace la idea de proporcionar soluciones a problemas específicos, tarea que exige elegir, bajo una guía segura, una de las opciones en juego. Luego, no puede extrañar, en este

⁷⁰ TAFARO, *op. cit.*, p. 36; GUZMÁN BRITO, *Historia...*, *op. cit.*, p.94 y ss.

⁷¹ TAFARO, *op. cit.*, p. 38, identifica 682 referencias al verbo *dubio*, aseverando que casi la mitad de ellas aparecen en la obra de Ulpiano.

contexto, que la necesidad de contar con criterios de preferencia haya cristalizado, en el derecho justiniano, en la composición de un libro del Digesto destinado a tales dudas. En lo que sigue, nos interesa abordar sumariamente dos de estos criterios de preferencia.

III. Dos criterios de preferencia: interpretación más benigna e interpretación más humana

Los criterios de preferencia en los cuales nos centramos han sido objeto de numerosos trabajos,⁷² por lo que nos limitaremos a expresar las ideas fundamentales.

III. 1. *In dubiis benignior interpretatio*

Uno de los criterios de solución de problemas interpretativos que

⁷² Sobre la *benignior interpretatio*, véase BERGER, A. (1951). “In dubiis benigniora”. En *Acti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto*, Milán: Giuffrè, pp. 185 y ss; WUBBE, F. (1972). “Benigna interpretatio als Entscheidungskriterium”. En HORAK, F. y WALDSTEIN, W. (dir.). *Ius vigilantibus scriptum. Festgabe für Arnold Herdlitzka*. Munich: Fink, pp. 295-314; HAUMANINGER, H. (1986). “Subtilitas iuris”. En BENOHR, H., HACKL, R., KNUTEL, R. y WACKE, A. *Iuris Professio. Festgabe für Max Kaser*. Berlín: Treptower Bücher Kabinett, pp. 59-72; PALMA, A. (1997). *Benignior interpretation*. Turín: Giappichelli; AVENARIUS, M. (2010). “Benignior interpretatio’: Origin and Transformation of a Rule of Construction in the Law of Succession”. En *Roman Legal Tradition*, 6, pp. 1-21. Sobre la *humanior interpretatio*, véase PALMA, A. (1992). “Humanior interpretatio: ‘Humanitas’ nell’interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi”. Turín: Giappichelli, y la bibliografía citada en p. 6 y ss; TAFARO, *op. cit.*, p. 46.

con mayor fuerza se disceminó en la jurisprudencia romana es el que postula que, en caso de dudas, se debe preferir la interpretación más benigna: *in dubiis benigniora*. Este criterio de preferencia lo podemos ver expresado al modo de una regla jurídica en dos pasajes, uno de Gayo y otro de Marcelo, ambos recogidos en el título 17 del libro 50 del Digesto (cuya rúbrica reza *Sobre diversas reglas del derecho antiguo*).⁷³ Ambos *responsa*, aunque de distintos autores, tratan de lo mismo,⁷⁴ esto es, de la necesidad de que, ante la existencia de dos posibles interpretaciones —es decir, equivalentes desde una perspectiva interpretativa—, sea elegida aquella que parezca más benigna.

Desde luego, así formulada la regla no es posible ver en toda su amplitud la aplicación que ella recibía, aunque de hecho hay varias ocasiones en que los juristas romanos la invocaron como *ratio decidendi*. Para examinar esto último bastará con detenernos en un ejemplo.

D. 39, 5, 25 (Iavol.). *Si tibi dederim rem, ut Titio meo nomine donares, et tu*

⁷³ D. 50, 17, 56 (Gai., *ed., de legatis*) *Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt* (“En los casos dudosos debe siempre preferirse lo que resulta más benigno”); D. 50, 17, 192, 1 (Marcell. *digest.*) *In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustus est quam tutius* (“En las cosas dudosas es más justo y seguro seguir la interpretación más benigna”).

⁷⁴ La aparente generalidad de la regla contenida en el texto gayano no debe hacernos perder de vista el hecho de que ha sido formulada en el contexto de una obra cuya materia son los legados, y algo similar puede predicarse del texto de Marcelo. En efecto, y como veremos un poco más adelante, de su cotejo con otro pasaje de la obra justiniana, a saber, D. 28, 4, 3 pr, resulta que la regla está relacionada estrechamente con un caso resuelto por Marco Aurelio. Así, la frase que los compiladores bizantinos exponen en D. 50, 17, 192, 1 es idéntica a la que el mismo jurista inserta en un fragmento en que se describe el criterio usado por Marco Aurelio para decidir el caso.

tuo nomine eam dederis, an factam eius putes? Respondit, si rem tibi dederim, ut Titio meo nomine donares, eamque tu tuo nomine ei dederis, quantum ad iuris suptilitatem accipientis facta non est et tu furti obligaris: sed benignius est, si agam contra eum qui rem accepit, exceptione doli me summovertit. (“Si te diere una cosa para que se la des a Ticio en mi nombre y tú se la donases en el tuyo, ¿estimas que Ticio la ha adquirido en propiedad? Respondió que, si te hubiese dado la cosa para que la donases a Ticio a nombre mío, y tú se la hubieras dado en tu propio nombre, en rigor del derecho no se hace dueño de ella quien la recibe, y tú te obligas por la acción de hurto: pero es más benigno que si yo ejercito una acción contra aquél que ha recibido la cosa, éste la enerve mediante una excepción de dolo”).

El contexto de aplicación de la regla lo proporciona un mandato de hacer una donación en el que la actuación del mandatario, de forma contraria al encargo que se le ha hecho, dona a su nombre. A consecuencia de ello, el donante puede ejercitar dos acciones, una contra el mandatario y otra contra el donatario. Y es que, en efecto, al carecer el mandatario de la calidad de dueño, impide, al entregar a su propio nombre, que el donatario se convierta en uno,⁷⁵ de modo que el mandante continúa como propietario y queda, por consiguiente, legitimado para ejercitar en contra del donatario una acción.⁷⁶

⁷⁵ Se trata de un disenso acerca de la *causa tradendi*, aspecto del problema sobre el que no podemos extendernos aquí. Gai. 41, 1, 9, 3 expresa que “nada puede ser más acorde con la equidad natural que la voluntad del dueño en cuanto quiere que una cosa que le pertenece sea transferida a otro” (*nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntalem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi*), lo que deja expuesto el problema que provoca el mandatario en el caso en análisis.

⁷⁶ Podría observarse que el texto omite hablar de dudas. Ciertamente, ello es así; sin embargo, y como se verá a continuación, ella se encuentra implícita en el razonamiento.

Es probable que la pregunta que se plantea el jurista sea si resulta del todo lógico permitir que, en los hechos así descritos, prospere una acción contra el donatario. No hay duda de que la eventual interposición de tal acción iría en la dirección contraria de aquello que se buscaba lograr con la donación encomendada al mandatario, esto es, hacer dueño al tercero. Sin embargo, el derecho civil ofrece como solución que el mandante pueda exigir la restitución de la cosa, algo que no deja de ser coherente con el sistema de defensa de la propiedad. Pero cabe preguntarse si tal coherencia, identificada aquí con lo que el jurista (Javoleno) llama la *suptilitas iuris* (el rigor del derecho) es coherente con la finalidad del negocio jurídico. En tal sentido, pareciera que la pregunta que da vueltas es: o bien se mantienen los efectos que supone aplicar el derecho rigurosamente, o bien se ofrece una interpretación que evite tales efectos y se presente, al mismo tiempo, como preferible. Javoleno, entonces, busca un criterio que permita dirimir tal dilema y lo encuentra en la *benignior interpretatio*, que pone de relieve, por encima de la coherencia dogmática, la finalidad perseguida por el negocio jurídico y la conservación de éste.⁷⁷ Precisamente, puesto que al conceder la *exceptio doli* al donatario la cosa quedaría definitivamente en su poder es que la idea de benignidad se consuma en ese resultado, de modo que la solución finalmente propuesta no altera significativamente al derecho civil, en tanto no confiere el dominio al donatario, aunque le permite mantener la posesión de la cosa.

Es conveniente subrayar que la interpretación que se hace de la regla de preferencia dista mucho de pretender favorecer a una de las partes del conflicto. Por el contrario, representa un esquema de razonamiento que podríamos llamar objetivo, en cuanto el carácter benigno de

⁷⁷ PALMA, *Benignior interpretatio...*, *op. cit.*, p. 73, interpreta el pasaje en clave de crítica a la *suptilitas iuris*. La *benignior interpretatio* a la que recurre el jurista permitiría la consecución de un objetivo preferible, esto es, la conservación del acto.

la interpretación se predica del funcionamiento del ordenamiento jurídico, o, si se prefiere, de consumir la eficacia del acto, es decir, de conservarlo.⁷⁸

Con todo, se observa en la tendencia de los juristas de la época imperial a incluir dentro de estos criterios a lo más humano o lo más benigno. Ello es claro en el fragmento que examinaremos a continuación.

III. 2. *In dubiis humanior interpretatio*

La romanística ubica temporalmente la introducción de este criterio⁷⁹ en una decisión de Marco Aurelio⁸⁰ acerca de un testamento

⁷⁸ No puede desconocerse que existen también supuestos en los que los juristas romanos, ante la duda, conceden preferencia a una de las partes, como ocurre con el uso de las reglas *favor debitoris*, o *contra stipulatorem*, pero ellas no parecen ser la regla general. Una reciente tesis doctoral sobre la regla *in dubiis contra stipulatorem* ha sido defendida recientemente por RUBIO, F. (2024). *Fundamento y función de la regla contra proferentem en el Código Civil chileno. Historia, dogmática, derecho comparado*. Santiago de Chile, Universidad de Chile.

⁷⁹ La idea de *humanitas* está presente en fuentes literarias del último siglo de la república: Cicerón, *de leg.* 2, 14, 36, habla de haber sido “formados para la humanidad, así como también suavizados” (*ex agresti immanique vita exculti ad humanitatem et mitigati sumus*), en oposición a la vida agreste y cruel.

⁸⁰ Así, expresamente, TAFARO, *op. cit.*, pp. 48 y ss. Sobre el caso pueden verse los trabajos de AMAYA M. (1988). *Un famoso pleito sucesorio que decide Marco Aurelio*. En *Labeo*, 34, pp. 18-42; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. M. (2012). “*Ambulatoria voluntas* y *voluntas evidens*: la discutida herencia de Valerio Nepote”. En *Revista Internacional de Derecho Romano*, N° 9, pp. 173-226; TAMAYO ERRAZQUIN, J. A. (2006). “*Causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem*. La aplicación de la *humanior interpretatio* al testamento de Valerio Nepote”. En GARCÍA

cuya institución de heredero había sido tachada, pero sin hacer lo propio con los legados y manumisiones:

D. 28, 4, 3 (Marcell. 29 dig.) *Proxime in cognitione principis cum quidam heredum nomina induxisset et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur, diu de legatis dubitatum est et maxime de his legatis, quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta. plerique etiam legatarios excludendos existimabant. quod sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset: nonnullos opinari id iure ipso peremi quod inductum sit, cetera omnia valitura. quid ergo? non et illud interdum credi potest eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius. sententia imperatoris Antonini Augusti Pudente et Pollione consulibus. 'Cum Valerius Nepos mutata voluntate et incidit testamentum suum et heredum nomina induxerit, hereditas eius secundum divi patris mei constitutionem ad eos qui scripti fuerint pertinere non videtur'. et advocatis fisci dixit: "Vos habetis iudices vestros". Vibius Zeno dixit: "Rogo, domine imperator, audias me patienter: de legatis quid statuetis?" Antoninus Caesar dixit: "Videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit?" Cornelius Priscianus advocatus Leonis dixit: "Nomina heredum tantum induxit". Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit: "Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet". Priscianus dixit: "Manumisit quosdam et legata dedit". Antoninus Caesar remotis omnibus cum deliberasset et admitti rursus eodem iussisset, dixit: "Causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse, quae induxit". nomen servi, quem liberum esse iusserat, induxit. Antoninus rescripsit liberum eum nihilo minus fore: quod videlicet favore constituit libertatis.⁸¹*

SÁNCHEZ, J. (dir.). *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*. Vol. 8, Madrid: Boletín Oficial del Estado, pp. 1443-1464; AVENARIUS, *op. cit.*, pp. 10 y ss. ofrece un detallado análisis del caso, con referencias al derecho moderno, siempre en materia de derecho de sucesiones.

⁸¹ "Hace poco se discutió largamente en el tribunal del príncipe el caso de un testador

que había tachado en su testamento los nombres de los herederos: el fisco reclamaba como ‘caducos’ los bienes de la herencia, y se dudó mucho si valdrían los legados, en especial aquellos que se habían hecho a cargo de los herederos cuya institución se había tachado. La mayoría estimaba que había que excluir también a los legatarios, y yo sostenía la misma opinión si es que el testador había inutilizado todo el texto del testamento; otros estimaban que se extinguía de pleno derecho lo que se había tachado, pero que lo demás debía valer. ¿Qué se dirá? ¿Acaso no puede pensarse en algún momento que quién ha tachado los nombres de los herederos crea que esto es bastante para morir abintestato? En la duda, es tan justo como seguro seguir la interpretación más benigna (D. 50, 17, 192, 1). Sentencia del emperador Antonino Pío, siendo cónsules Pudente y Polión (166 d.C). ‘Habiendo rasgado su testamento Valerio Nepote y tachado los nombres de los herederos, porque cambió de parecer, no se considera, conforme a la constitución de mi padre, de consagrada memoria, que corresponda la herencia a los herederos instituidos.’ A los abogados del fisco les dijo: ‘Vosotros tenéis vuestros jueces.’ Vibio Zenón dijo: ‘Te suplico, señor emperador, que me escuches con paciencia: ¿qué resuelves sobre los legados?’. El emperador Antonino Pío dijo: ‘¿Te parece que quiso que valiese el testamento quien tachó los nombres de los herederos?’. Cornelio Prisciano, abogado de Zenón, dijo: ‘Solo tachó los nombres de los herederos.’ Calpurnio Longino, abogado del fisco, dijo: ‘No puede valer un testamento que carece de heredero.’ Prisciano dijo: ‘Manumitió esclavos y concedió legados.’ El emperador Antonino Pío mandó retirar a todos para deliberar y después los volvió a llamar y les dijo: ‘La presente causa parece que admite una interpretación más benigna, de suerte que podemos pensar que Nepote solo quiso invalidar lo que tachó.’ Tachó el nombre del esclavo que había dispuesto fuese libre; sin embargo, Antonino Pío dispuso que lo fuese, lo que hizo, naturalmente, para favorecer la libertad.’ Traducción de D’ORS, A et al. (1972). *El Digesto de Justiniano*. Tomo 2. Pamplona: Editorial de la Universidad de Navarra. La traducción, como puede verse, modifica, a propósito de la intervención de Cornelio Prisciano, el nombre de León por el de Zenón, corrección que no hace Mommsen, pero sí otros editores del Digesto. Seguidamente, debe observarse que si en el texto latino Marco Aurelio habla de una *humanior interpretatio*, la traducción lo hace de “interpretación más benigna”.

El problema queda finalmente en manos del emperador, quien debe decidir en medio de argumentos cruzados. El abogado del fisco, interesado en que los bienes hereditarios queden como caducos, argumenta a favor de considerar sin valor todo el testamento. Otros, como un legatario y un abogado, apuntan a considerar que valdrían los legados, cuando menos aquellos que no estaban a cargo de los herederos. Las manumisiones, a su vez, son mencionadas un poco de pasada, no obstante lo cual, ellas parece que tendrán un cierto peso en la decisión.

Marco Aurelio razona que el caso admite una interpretación más humana (*causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem*), la que opera como fundamento de su decisión: conforme a ésta, el testador solo habría querido dejar sin efecto lo que había tachado, de modo que se entiende que al menos un grupo de legados y las manumisiones continuarían siendo válidas. De hecho, el mismo fragmento expresa que había en el testamento una manumisión, de la cual el testador había tachado el nombre del esclavo. Sin embargo, ello no habría impedido que el emperador diese la libertad al esclavo beneficiado por la manumisión, lo que, a juicio de Marcelo, habría sido inspirado en el *favor libertatis*.

Hay dos aspectos que observar aquí. De un lado, el hecho de que la *humanior interpretatio* se ofrece como una genuina regla de preferencia.⁸² El hecho de que la idea de duda no aparezca expresada en

⁸² AVENARIUS, *op. cit.*, p. 12: "We can conclude that Marcellus' doubts do not concern the applicable laws but rather the content of the testator's final will: although the intention to create the legacies was present at least at the time of the will's drafting, it remained unresolved whether that intention lapsed at a later point. At the same time, we see that the attempt to understand the concept underlying *benignior interpretatio* with reference to Marcellus' other text, D. 34. 5 .24, is futile: in that instance what is demanded is precisely a construction based on the testator's true intention. Here, on the other hand, it is beyond dispute that it can not be determined

el texto no es un obstáculo para considerar que Marco Aurelio tiene ante sí dos interpretaciones posibles —y ambas en un nivel de plausibilidad equivalente— acerca de la extensión que ha darse al efecto invalidante que producen las instituciones de herederos tachadas. Precisamente, esta duda es resuelta con la elección de aquella interpretación que resulta más humana. Es clara, por consiguiente, la función que esta regla está llamada a cumplir.

El segundo aspecto se relaciona con el jurista de cuya obra se extrae este fragmento, es decir, Marcelo. Como lo indicáramos unas páginas más atrás, en D. 50, 17, 192, 1 se recoge también de Marcelo la regla jurídica según la cual *in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius*. Como resulta evidente del cotejo con D. 28, 4, 3, dicha regla jurídica la enuncia Marcelo en el contexto del caso que describe en sus *digesta*, esto es, en el de aquel resuelto por Marco Aurelio. Pero más significativo aún resulta el hecho de que nuestro jurista, cuando cita —suponemos que textualmente— las palabras del emperador, no hace referencia a una *benignior*, sino a una *humanior interpretatio*. No queda claro si el contenido de una y otra es diferente. Sobre el punto, Palma⁸³ ha sostenido que ambas son coincidentes, de modo tal de fungir como criterios hermenéuticos disponibles para la justificación de decisiones. Con todo, el hecho de que en las fuentes ellas aparezcan en un pasaje así confundidas no debiera servir como plena prueba de que no hubiera entre ellas diferencias. Por el contrario, su subsistencia por separado debiera permitir, al menos por hipótesis, pensar que no hubo entre ambas completa equivalencia. En todo caso, la reflexión no puede ir más allá en este momento.

Un segundo texto en el que se advierte de forma palmaria el uso de esta regla de preferencia en un contexto de varias interpretaciones posibles, se encuentra en un texto de Ulpiano:

whether the testator's initial intention was in accordance with his final will?

⁸³ PALMA, *Benignior interpretatio...*, *op. cit.*, p. 42.

D. 34, 5, 10, 1 (Ulp.): *Plane si ita libertatem acceperit ancilla: "si primum marem pepererit, libera esto" et haec uno utero marem et feminam peperisset: si quidem certum est, quid prius edidisset, non decet de ipsius statu ambigi, utrum libera esset nec ne, sed nec filiae: nam si postea edita est, erit ingenua. Sin autem hoc incertum est [nec potest nec per suptilitatem iudicalem manifestari], in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet, ut tam ipsa libertatem consequatur quam filia eius ingenuitatem, quasi [per praesumptionem glo.] priore masculo edito* ("Claro que si una esclava hubiera recibido la libertad así: 'sea libre si hubiere parido primero un varón' y ella hubiese parido en un [sc. único] parto un varón y una hembra, si verdaderamente es cierto lo que hubiese dado primero a luz, no es decoroso disputar [sc. dudar] sobre el estado de la misma, si sería libre o no; pero tampoco sobre el de la hija, porque, si nació después, será ingenua. Pero si esto es incierto [glo. y no se puede evidenciar ni aun por la escrupulosidad judicial], se debe seguir el parecer más humano en las cosas dudosas, a fin de que tanto ella consiga la libertad, cuanto su hija la ingenuidad, como si [glo. por presunción] hubiese sido dado a luz primero el varón").

Como se aprecia, Ulpiano enfrenta el problema de la interpretación de una cláusula que contiene la manumisión de la esclava, condicionada a que nazca de ella, primeramente, un hijo varón. Las cosas se complican cuando da a luz a mellizos, hembra y varón, y se plantea la discusión de si se entiende cumplida la condición.⁸⁴ Ulpiano trata, en la primera parte del fragmento, el supuesto de que haya nacido primeramente el varón, en cuyo caso tanto la madre como la hija serían libres; la primera por cumplirse la condición de la manumisión, la segunda por nacer de una mujer libre y ser, por tanto, ingenua.⁸⁵ A su turno, en la segunda parte, se ocupa del supuesto

⁸⁴ GUZMÁN BRITO, *Historia...*, *op. cit.*, p. 96 y ss., ha dedicado un pormenorizado examen a este fragmento.

⁸⁵ Igualmente cierto es lo que indica GUZMÁN BRITO, *Historia...*, *op. cit.*, p. 96, en

de que no conste quién de los hermanos ha nacido primero. Esto implica aceptar que tantas posibilidades hay de que haya nacido primeramente la niña como el niño; si se diere lo primero, fallaría la condición y tanto la madre como sus hijos permanecerían esclavos; en tanto que, si se diese lo segundo, se cumpliría la condición, con los efectos ya vistos. Ante un supuesto rodeado de tal incertidumbre, Ulpiano sugiere optar por la interpretación más humana, lo que se corresponde con la libertad de los tres.

Decisiones como ésta, a saber, fundadas en la *humanior* o en la *benignior interpretatio*, aparecen con frecuencia y han sido ya objeto de varios análisis por parte de otros autores, a los cuales me remito.⁸⁶ Lo que me interesa poner de relieve es la existencia de una práctica interpretativa de la jurisprudencia romana al resolver las dudas planteadas por un enunciado dudoso o ambiguo. En efecto, la elección de ciertos criterios de preferencia guardaría correspondencia, en este caso, ya no solo con las necesidades del ordenamiento —lo que explica que, en ciertos casos, la opción sea por la continuidad de los efectos de un negocio jurídico, antes que por su inoperatividad—, sino también con pautas extrajurídicas, que llamaría morales si no fuese por lo problemático que resulta plantear, para la jurisprudencia romana, una dicotomía entre lo jurídico y lo moral.⁸⁷ En el caso recién examinado, parece incidir decisivamente la vieja opción del derecho romano por la libertad, antes que por la servidumbre. Se trata de una muy antigua opción, que aparece en la Ley de las XII Tablas a propósito de la apuesta sacramental de las causas en las que se litiga sobre la libertad, cuyo monto se reduce al mínimo, como lo informa Gayo 4, 14.⁸⁸

el sentido de que, en tal caso, el hijo varón permanece como esclavo, ya que al nacer es hijo de madre esclava.

⁸⁶ Véase nota 21.

⁸⁷ Sobre el punto, PALMA, *Benignior interpretatio...*, *op. cit.*, p. 5 y ss.

⁸⁸ [...] *si de libertate hominis controversia erit, etiamsi pretiosissimus homo esset,*

Las dos reglas examinadas son claras, en nuestra opinión, en cuanto a dos cosas importantes. La primera es que, con alguna salvedad, ellas parecen germinar al identificarse problemas que no solo reclaman una solución (de entre dos o más posibles), sino que ofrecen obstáculos –normalmente, en el plano del enunciado– para elegir una u otra. Su función parece clara y ella debió, además, ser cumplida a cabalidad, como parecen sugerirlo las fuentes, que dan testimonio de un uso bastante generalizado a partir del siglo II d. C.

La segunda es que ellas, con la salvedad antes explicada, se construyen en función de dar continuidad a los negocios jurídicos, es decir, de impedir que problemas textuales afecten la producción de sus efectos. Es lo que Guzmán Brito ha llamado el “canon de la conservación negocial” –identificado específicamente con la *benignior interpretatio*– al que caracteriza como “aquel criterio según el cual, si hay duda y cuando es posible, ha de decidirse el caso según la alternativa que mantiene sus efectos al negocio, antes que por aquella que se los sustrae”.⁸⁹

Consagradas de esta forma ambas reglas en la práctica interpretativa romana, no resulta difícil pensar que ellas debieron tener una gran acogida entre los juristas de épocas posteriores, todos los cuales eran, además, cristianos. Al valor estrictamente jurídico, se pudo

tamen ut L assibus sacramento concederentur, eadem lege acutum est favore scilicet libertatis, ne onerarentur adsertores [...] (“Si la controversia era acerca de la libertad de un esclavo, aunque éste fuese uno de precio elevado, estableció la ley una apuesta de cincuenta ases, para favorecer la libertad y no hacer gravoso [el proceso] para quienes la reclamasen”). Sobre el *favor libertatis*, en estrecha conexión con el concepto de humanidad, véase SHULZ, F. (2000). *Principios del derecho romano*. Traducción de Manuel Abellán Velasco. 2ª edición, Madrid: Civitas, pp. 240 y ss.

⁸⁹ GUZMÁN BRITO, *Historia...*, *op. cit.*, p. 261.

haber sumado la ponderación acerca del grado de concordancia que tales criterios poseían con las exigencias que todo intérprete cristiano, especialmente el juez, debería observar.

Pero más importante aún es cómo estas reglas contribuyeron a la formación, en el derecho moderno, de un principio de derecho, a saber, el de preferir la interpretación benevolente, entendida ésta en cuanto mejora la posición de una de las partes en conflicto (*pro reo, pro operario*, etc.). En lo que sigue formularé tan solo una hipótesis de trabajo en torno a esta cuestión que exigiría un estudio de más largo aliento.

IV. Una hipótesis acerca destino de la regla *benignior vel humanior interpretatio* como principio del derecho

Savigny se referirá a la regla de la que nos hemos venido ocupando en los siguientes términos: “En tercero y último lugar podrá determinarse el sentido de la ley por la apreciación de los resultados que producen las diversas interpretaciones. Así, deberá preferirse el que sea más racional, el que responda mejor a las necesidades de la práctica, por último, el que sea más humano y menos violento”.⁹⁰ Y es precisamente en relación con esto último que el texto nos dirige a una nota al pie en la que Savigny conecta la *benignior interpretatio* con la interpretación de la ley penal: “He aquí algunas aplicaciones de dicha regla: si la ley penal es dudosa debe elegirse la pena más dulce”. Y continúa con el derecho privado: “En la interpretación de los testamentos es preciso favorecer la institución de heredero, nunca la desheredación”.

⁹⁰ SAVIGNY, F. (2005). *Sistema de derecho romano actual*, trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley. Granada: Comares, p. 103.

¿Qué debió ocurrir para que, a mediados del siglo XIX, una regla erigida en función de actos de disposición patrimonial dudosos se extendiera a una regla de interpretación de la ley penal? Una posibilidad es que la idea de benignidad, entendida, como hemos visto, como tendencia a la conservación del acto de disposición, hubiese modificado su significado hacia ideas relacionadas con la suavidad o la benevolencia. De hecho, Álvarez Cora,⁹¹ en un interesante trabajo sobre la subsistencia de la regla *in dubio* entre los juristas españoles de los siglos XVI al XVII, llega a hallazgos significativos. El autor constata no solo la recepción de las reglas de preferencia fundadas en la *humanitas* y en la *aequitas*, sino también la construcción de otras varias más, como *in dubio favendum est Ecclesiae*, *in dubio pro religione iudicandum sit*, *in dubio favore matrimonii*, *in dubio salus animae*, *in dubiis tutior pars est eligenda*, o *in dubio facti tutiorem partem amplectendam esse*.⁹² Igualmente, muestra cómo el desarrollo hermenéutico de las reglas de preferencia lleva a diferenciar entre *dubium iuris* y *dubium facti*.

Lo que hay de común en estos casos expuestos por Álvarez Cora es que ellos, mayoritariamente, apelan a conceptos o ideas que parecen dignas de protección, no bien siga siendo excepcional en ellas, como lo fue en el derecho romano, que asuman como necesaria la protección de una de las partes. Esto último es algo que emergerá en el derecho moderno, con la aparición de la regla *in dubio pro reo*, asunto que, como ya hemos visto, encuentra un testimonio de su vigencia en la obra de Savigny.⁹³

Es en este punto en que me parece que nuestra regla de interpretación se cruza con la idea de principio. Es decir, su progresiva ex-

⁹¹ ÁLVAREZ CORA, E. (2019). “La fórmula *in dubio* en la jurisprudencia hispana moderna.” En *Ius Fugit*, 22, pp. 139-165.

⁹² *Ibidem*, op. cit. pp. 146 y ss.

⁹³ TOMÁS y VALIENTE, F. (1987). “*In dubio pro reo*. Libre apreciación de la prueba

tensión a supuestos que no tuvieron conexión con ella –como la ley penal– es lo que quizá induce a los juristas a conectar su existencia con la de un principio. Para la mentalidad moderna ello no debía ser demasiado difícil, si se tiene en consideración que la noción de principio del derecho venía gestándose desde hacía siglos, concretamente desde la Edad Media, específicamente en el seno de la doctrina teológica de Santo Tomás,⁹⁴ a consecuencia de la decisión de aplicar a la materia jurídica el paradigma científico demostrativo de Aristóteles. Al operar de este modo Tomás de Aquino habría fundado una axiomática jurídica caracterizada por el hecho de que en la cima de ella se encontrarían, por necesidad, los principios de derecho.⁹⁵ En el pensamiento del Aquinate, el derecho, al igual que las ciencias, se fundaría en principios indemostrables –los de la ley natural–; éstos, a su vez, lograrían ser conocidos por la razón, que es la que en definitiva produce leyes humanas.

La síntesis antes descrita justificaría la necesidad de conocer los métodos usados por la razón. Uno de éstos consiste en la derivación de una conclusión a partir de un principio, la que a su vez sería demostrativa de éste. De este modo, si el principio fuese *non alterum laedere*, por vía de conclusión se obtendría que ha de castigarse al que mate a otro. El segundo método sería el de la determinación, consistente en que, a partir de una idea abstracta, produciría la razón un acto de

y presunción de inocencia.” En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, Nº 20, pp. 9-34, rastrea la regla desde las Partidas, para extenderla a diferentes autores, como el salmantino del siglo XVI, Jerónimo Castillo de Bovadilla. En su parecer, “ni las Partidas ni las doctrinas de los juristas ofrecen dudas respecto a que la inclinación hacia la benignidad solo cabe en aquellos casos que no están claramente probados” (p. 12).

⁹⁴ GUZMÁN BRITO, A. (2014). *El origen y la expansión de la idea de principio del derecho*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, p. 69.

⁹⁵ GUZMÁN BRITO, *El origen y la expansión...*, *op. cit.*, p. 76 y ss.

ciertas características relacionado con ella que, así, la determinaría.⁹⁶ De este modo, si se castiga al que mata a otro, habría que establecer una pena, cuya determinación sería una derivación, pero no del tipo conclusivo visto antes, del principio de no dañar a otro.⁹⁷

Una vez aceptado por el pensamiento jurídico que existen principios y que de éstos derivan normas particulares, es posible que a partir de la inducción se hubiese comenzado a identificar tales principios de derecho.⁹⁸ Es decir, bien podría conjeturarse que se hubiese comenzado a operar en un sentido inverso, de tal forma que, comenzando por una norma particular, se hubiese concluido que ella no era sino la determinación de un principio general del derecho. A mi parecer, esta forma de razonamiento ha debido estar en la base de que el derecho moderno haya sido testigo del florecimiento de principios de derecho que operan a favor de una de las partes en conflicto, como el principio *pro reo*, o el más moderno aún, *pro operario*. Éstos, a su vez, no serían sino el reflejo de un modo de argumentación inscrito en una lógica axiomática, cuyas raíces, como se ha sugerido, serían medievales.

A mi juicio, habría que buscar las raíces de este cambio en la lectura que se hace hoy de las fuentes, esto es, en las pulsiones que mueven al intérprete contemporáneo al momento de acometer su actividad, en el papel que él concibe como el exigible desde el punto de vista de los fines del ordenamiento. Pareciera que los juristas de la se-

⁹⁶ Suele darse como ejemplo el de la idea de casa, lo suficientemente abstracta para requerir de un arquitecto que la determine en una concreta, la que podría ser de varias formas, a condición de que siempre pudiera decirse de ella que es una casa.

⁹⁷ GUZMÁN BRITO, *El origen y la expansión...*, *op. cit.*, p. 84 y ss.

⁹⁸ Lo que era, por lo demás, el método mediante el cual los juristas romanos obtenían sus propias reglas jurídicas. Sobre el punto puede verse GARCÍA GARRIDO, M. J. (2008). *Casuismo y jurisprudencia romana (responsa)*. 4ª edición. Madrid: Ediciones Académicas, pp. 25 y ss.

gunda mitad del siglo veinte son los que buscan con mayor ahínco constatar la existencia de principios a partir de los cuales derivar reglas de distinta naturaleza. Pero parece no advertirse que ello trae aparejado el peligro de limitar o reducir el imperio de una fuente tan importante como la ley ya no a las posibilidades contenidas en el pensamiento expresado en ella, sino al grado de determinación o derivación que ella refleje de algún principio de derecho.

La resurrección de la *adoptio* romana en la codificación napoleónica y en el derecho civil español

Por Luis Rodríguez Ennes⁹⁹

Resumen

En mi opinión, una de las más especiales características de la adopción como institución jurídica es su larguísimo eclipse y su singular renacimiento. La extraordinaria importancia, incluso política, que tiene durante toda la historia de Roma se desvanece con la caída del Imperio; tras 1500 años de ostracismo, no vuelve a renacer hasta el siglo diecinueve. Bastaría con lo ya señalado para justificar la actualidad del tema como consecuencia de este panorama general, pero el interés de la presente investigación se acrecienta cuando este fenómeno del “eclipse” y del “renacimiento” de la adopción se examina en la historia legislativa española.

⁹⁹ Catedrático Emérito de Derecho Romano y Sistemas Jurídicos Comparados (Universidad de Vigo, España). Doctor *honoris causa* por UFLO Universidad.

Palabras clave: adopción; derecho romano; *Code Napoléon*; derecho civil español

I. Introducción

Prima facie, se hace necesario dar pronta respuesta a los siguientes interrogantes: ¿es la adopción un modo de crear una relación paterno-filial?, ¿es acaso una institución o relación de carácter patrimonial sucesorio?, o ¿es quizá un procedimiento técnico-jurídico, sin contenido específico propio, pura fórmula que ha servido y puede servir para el cumplimiento de las más variadas finalidades familiares, patrimoniales, políticas y religiosas?

En otras palabras: la adopción es una institución que ha variado, no ya a lo largo de la historia —donde ha sufrido una profunda evolución— sino que, dentro de una misma época, las diferencias entre unos y otros países son básicas. Y aún más, pues sucede que, en un mismo país, se suelen reconocer tipos radicalmente distintos. Es aquí cuando surge la interrogante. Desde el momento en que unos y otros reciben la misma denominación genérica “adopción”, ¿es lícito pensar que en todas existe un trasfondo común, una esencia y naturaleza unitarias? O, por el contrario, ¿estas diferencias son tales que cabría pensar si esta homonimia encubre solamente las consecuencias finales de diversos procesos de transformación que únicamente tienen en común un origen aproximadamente unitario?

La respuesta a estos interrogantes exige la previa delimitación de cuál ha sido la finalidad perseguida por la institución adoptiva a lo largo de todo su devenir histórico. En este sentido, cierto sector de la civilística ha entendido que el hecho de que la adopción se configure en cada época o país de una forma distinta para el logro de los fines concretos que en cada momento se persiguen, viene predeterminado por ser la adopción una creación ficticia de la ley. Esta es

una posición mayoritaria en la doctrina. Así se expresa, por ejemplo, López Alarcón (1965):

No es la adopción una institución que haya mantenido rasgos uniformes, permanentes y definitivos a lo largo de la Historia. Al constituir una ficción jurídica, su consistencia es muy débil y la *ratio essendi* de la misma entronca con las necesidades políticas, sociales y éticas del momento evolucionando al compás de las mismas, con radicales alternativas en su existencia hasta llegar a la época moderna, en que la ficción se anula o reduce (¡o quizá aumenta!) en aras de una función protectora que tiene su fundamento en sentimientos caritativos políticos o de solidaridad humana.¹⁰⁰

Esta misma idea ha sido repetida o, al menos pensada, por casi todos los autores desde Aguilera¹⁰¹ en el Primer Congreso de Jurisconsultos Aragoneses, recogiendo el común sentir de los asistentes –al

¹⁰⁰ LÓPEZ ALARCÓN, M. (1965). “La adopción y el Registro Civil.” En *Pretor*, 12 (enero-febrero 1965), p. 5.

¹⁰¹ El Sr. Aguilera calificó a la adopción de “institución artificial, repugnada por la razón natural” (Cfr. COSTA, J. [1981]. *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*. Zaragoza: Guara, p. 271). En otro lugar de este mismo trabajo (cfr. pp. 263-264) recoge Costa la opinión manifestada en el mismo sentido por los Sres. Escosura y Zugarramundi: “La adopción es hija del sentimiento tan natural de la familia: se inventó para conservarla y perpetuarla, para consolar a las personas a quienes la naturaleza negó la dicha de tener hijos, o que habiéndolos tenido los perdieron. Ahora bien, cuando la Naturaleza ha dado satisfacción a ese sentimiento, la adopción no tiene razón de ser y es innecesaria (...). Su introducción en las sociedades modernas ha sido fruto de la filantropía, que es la caridad de los banqueros y de las damas del gran mundo, una falsificación y como remedo grotesco de la verdadera caridad. En el fondo es una transacción con el vicio disfrazado con máscara de virtud”

que se opuso Costa con brillante oratoria—,¹⁰² pasando por Comas,¹⁰³ hasta llegar a Pío Cabanillas, quien en su defensa del proyecto de reforma de 1970 llegó a decir: “Dado que la adopción es una creación

¹⁰² “¡Ah! —exclamaba el gran polígrafo aragonés— si la adopción es una institución artificial, el Derecho todo es artificio, un artificio el matrimonio, un artificio la tutela, un artificio el seguro mutuo, un artificio la sociedad cooperativa. Benditos artificios de cuyo juego ordenado depende la existencia de la humanidad y el progreso de la historia, y sin los cuales el hombre sería víctima y juguete de la naturaleza, y la tierra más que un valle de lágrimas, un verdadero infierno artificial que no ha ideado un gran árbitro soñador, sino que han brotado como un producto espontáneo de las entrañas mismas de la historia y ante las cuales debemos bajar humildemente la cabeza. No hay más que una soberanía en la sociedad, la soberanía del pueblo: cuando el soberano declare por sí su voluntad, no les queda a sus representantes más sino acatar sus resoluciones. El pueblo ha introducido en sus hechos la adopción, y al legislador no le es lícito prohibirla ni menoscabarla con limitaciones tan absurdas como la de las Partidas (cfr. COSTA., *op. cit.*, pp. 271-272).

¹⁰³ “No hay que olvidar que la adopción no es una verdad, es una mera ficción, y si toda ficción es vituperable, aún en los asuntos ordinarios de las relaciones humanas, es mucho peor cuanto la ficción procede del legislador. Y no es una ficción a la manera que lo es la legitimación por subsiguiente matrimonio, que al fin en ésta se parte de un hecho verdad, y lo que únicamente se finge es que el hijo nacido fuera del matrimonio nació después que éste se hubo celebrado; en la adopción se finge más, se finge que es hijo el que no lo es en realidad, y se subvierten las relaciones de la vida y se da un mentís a la naturaleza. No, no puede hacerse esto; el Derecho no crea personas, ni cosas, ni relaciones (...); por esto entiendo que es profanar la paternidad y la filiación el otorgar la patria potestad a una institución puramente artificial y ficticia que está fuera de la realidad de la vida, y para la cual es bastante modelar una institución jurídica más en armonía con la verdad y más adecuada a la relación meramente afectiva, de protección y de piedad, a que únicamente la adopción puede dar lugar”. Cfr. COMAS, A. (1902). *La revisión del Código Civil*. Madrid: Sucesores de Rivadeneyra, pp. 406-407.

jurídica, no debe olvidarse nunca que la finalidad de la institución ha variado con las circunstancias históricas”.

Todas estas afirmaciones son parcialmente ciertas. En primer lugar, y sustancialmente, en cuanto que toda institución es “jurídica” desde el momento en que el derecho la recoge y regula, atribuyéndole consecuencias jurídicas. Y, en segundo término, en cuanto se quiera expresar así que por la adopción se crea una relación de parentesco, sin un substrato generacional, físico, en la naturaleza. Pero con otro aspecto son inexactas, si con ellas se pretende decir que se crea un parentesco ficticio, pues el que no se funde en la generación física no quiere decir que no sea real: así la afinidad, que es una auténtica y real relación jurídica familiar, y no tiene base natural.

En este orden de ideas, creemos que merece ser traída a colación la experiencia histórica romana por lo mucho que puede ayudarnos a encontrar una explicación a tan interesante problema. Ante todo, hay que señalar que la artificialidad del vínculo derivado de la adopción es una nota inexistente en el derecho romano clásico y postclásico, en el que el ingreso en la familia era independiente del hecho biológico de la generación.¹⁰⁴ Se entraba a formar parte de la familia como se entra a formar parte del Estado, o por haber nacido de un miembro de la familia, o sometándose a la *patria potestas* del *pater* mediante la *adrogatio* o la *adoptio* y perdiendo, de este modo, toda relación o vínculo con la familia a la que se pertenecía antes. El ingreso del adoptado o arrogado en la familia del adoptante o arrogante producía las mismas consecuencias jurídicas que si fuese si hijo legítimo, ya que la pertenencia al núcleo familiar venía determinada única y exclusivamente por la sumisión a la *patria potestas* de

¹⁰⁴ Sobre la *adoptio* romana, ver RODRÍGUEZ ENNES, L. (1978). *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, con abundante bibliografía.

una misma persona. Así las cosas, en Roma sería absurdo hablar de artificialidad del vínculo adoptivo: tan *filius familias* es el adoptado que ingresó en la familia por un acto voluntario del *pater*, como el descendiente legítimo de éste.¹⁰⁵

La nota de ficción, de artificialidad, va introduciéndose paulatinamente a partir de la época posclásica. Originariamente la familia romana solo comprendía a los *agnati*, es decir, las personas que permanecían bajo la *potestas* del *pater*. Con la evolución de las instituciones, a la que coadyuvó en gran medida el desplazamiento del centro de gravedad del Imperio hacia las provincias orientales, donde no existe una patria potestad en el genuino sentido romano, se introduce en el derecho romano la *cognatio*, que es el parentesco basado en la comunidad de sangre.

Los vínculos cognaticios van sustituyendo progresivamente a los agnaticios hasta el punto de que, en la época justiniana, puede decirse que, tanto de la antigua institución de la *patria potestas* como de la concepción jurídica de la adopción, solo sobrevive el nombre. La proclamación con carácter general en las fuentes justinianas del principio *adoptio naturam imitatur*, consecuencia lógica del triunfo del parentesco por la sangre, implica la aparición de una nueva adopción radicalmente diferente a la genuina *adoptio* romana, Aquella, a diferencia de ésta, ya no está inspirada en la idea de procurar la agregación de nuevos súbditos a la familia, para lo que es irrelevante que existan condiciones tales que puedan hacer parangonable la adopción a la relación de filiación, sino que se funda en una construcción artificial de la descendencia natural. El principio de la *imitatio naturae* denuncia que la adopción se concibe —al igual que en su moderna regulación— con un sustitutivo de la filiación natural.

¹⁰⁵ A este respecto es claramente explícita la definición de familia que formula Ulpiano en D. 50, 16, 1-3: *lure proprio familiam dicimus plures personas quae sunt sub unius potestate*.

Las consecuencias de un giro tan radical en la concepción de la institución son de enorme importancia. La primacía del parentesco por la sangre, el hecho de que la procreación en matrimonio legítimo constituyera el único medio de ingresar en la familia, originó el nacimiento de la tradicional desconfianza hacia la institución adoptiva. Es a partir de Justiniano cuando la adopción deja de ser una institución natural que forma parte integrante del sistema familiar, para pasar a constituir una ficción, una institución excepcional. De ahí que se establezcan requisitos que no repugnan directamente a la ficción, de ahí la máxima *adoptio naturam imitatur*. De ahí, finalmente, la restricción en punto a los efectos y, por ende, el que la equiparación entre los hijos adoptivos y los legítimos no haya pasado de ser un mero *desideratum* de los legisladores. Con lo que acabamos de exponer, creemos que queda suficientemente claro que tan solo desde Justiniano puede hablarse de la adopción como ficción de la naturaleza. Pretender predicar esta afirmación de toda la larga evolución de la institución desde Roma es, cuando menos, distorsionar la evidencia de las fuentes.

Entre la civilística moderna se ha ido abriendo paso, no sin dificultades, una dirección doctrinal que –siguiendo el camino iniciado tan brillantemente por Joaquín Costa¹⁰⁶ pone en duda la artificialidad del vínculo adoptivo. En este contexto, merece ser reseñada la opinión de Roca Juan,¹⁰⁷ quien afirma:

Sin embargo, aunque no parece dudoso que, desde un punto de vista biológico, la familia es una entidad extra-jurídica no es menos cierto que –como

¹⁰⁶ Sobre la opinión de COSTA, ver la nota 18.

¹⁰⁷ ROCA JUAN, J. (1971). *Sobre la nueva adopción. Discurso inaugural del curso 1971-72*. San Cristobal de La Laguna: Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Laguna, p. 29.

ya escribía Colin¹⁰⁸ puede establecerse la distinción entre “vínculo de parentesco”, fundado en el vínculo de consanguinidad, y “vínculo de familia”, que se funda en un acto de voluntad, y que la característica esencial de la familia está en ser una entidad que aparece como un grupo social organizado por la costumbre o por la ley, de modo más o menos artificial, por lo que sus principios pueden variar según las épocas y según las razas (...). De manera que hablar de la “artificialidad”¹⁰⁹ de la adopción y de la familia adoptiva para contraponerla a la “naturalidad”¹¹⁰ del matrimonio y de la familia legítima, basada en éste, pierde su valor absoluto, porque, desde el punto de vista legal, los dos serían igualmente artificiales.¹¹¹

Aclarado este punto, creemos estar en disposición de analizar siquiera sucintamente cuál ha sido la finalidad perseguida por la adopción o, mejor dicho, el interés principalmente protegido por el legislador al organizar su regulación en cada época. La adopción ha atravesado por tres grandes etapas a través de los tiempos. La

¹⁰⁸ COLIN, A. (1902). “De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation”. En *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1, p. 206: “Lo que produce la familia es un acto de voluntad: el matrimonio, la adopción, el reconocimiento”.

¹⁰⁹ Es bastardilla en el original.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ El mismo autor añade en su impecable argumentación: “Si el parentesco se funda en la comunidad de sangre que origina un vínculo entre personas que descienden unas de otras, o de un tronco común, significando el título o porque se está en una determinada relación familiar no deriva de la generación, sino de un acto solemne de voluntad, que es el matrimonio. Análogamente pueden verse hoy en la adopción los efectos correspondientes a una situación familiar, creando efectos personales y patrimoniales característicos de la familia, por un acto de voluntad” (cfr. *ult. loc. cit.*). Sobre el trabajo de ROCA JUAN, ver nuestra recensión publicada en el *Anuario de Derecho Civil*, (26), Fasc. 1, 1973, pp. 331 ss.

primera, correspondiente a los derechos antiguos, caracterizada por el formalismo y la consideración cuasi pública de la institución, en la que se concibe a favor y en interés exclusivo del adoptante. Una intermedia, en la que pierde el favor de que anteriormente gozaba —al variar los presupuestos sociopolíticos— regulándose como acto desprovisto de las antiguas formalidades solemnes e, incluso, en ocasiones, como acto meramente privado y en la que se considera como una institución filantrópica, con un sentido marcadamente paternalista, al que responden las codificaciones decimonónicas. Y un período final en el que vuelve a gozar del favor legislador, por imposiciones sociales, quien la somete a rigurosas condiciones o requisitos de fondo y de forma, en interés primordial del hijo adoptivo menor.

II. La etapa codificadora

La adopción es una institución cuyo efecto inmediato es crear entre personas una relación jurídica de paternidad y filiación puramente civil, porque no se asienta en el hecho biológico de la generación. Tal es su esencia que, aun siendo la misma desde que aparece, hace, sin embargo, de la adopción una de esas instituciones que presentan un larguísimo “eclipse” y un singular “renacimiento”. Con la característica de que, por lo general, las instituciones cíclicas satisfacen una sola necesidad social, mientras que la adopción reaparece y sale de su eclipse siendo infiel a sí misma, a su inicial razón de ser.¹¹²

Perdida la especial significación política y religiosa que tuvo en la Antigüedad, el vínculo jurídico en que quedó era tan débil y

¹¹² LÉAUTÉ, J. (1949). *Les éclipses et les renaissances d'institutions en Droit civil français*, París: Gallimard, pp. 49-50.

presentaba tantas dificultades prácticas, que hasta tiempos muy recientes sugería la idea de que la institución de la adopción se encontraba como en el desván del viejo edificio de los códigos, donde se guardan viejas instituciones venerables, sin una vida social intensa y arraigada. En este sentido, los códigos del siglo diecinueve no la acogen, en general, más que con dificultad y como a disgusto.¹¹³

Al iniciarse el movimiento codificador, la adopción aparecía regulada en el *Codex Fredericianus* de 1751, y en Francia en un decreto de la Convención del 18 de enero de 1792, el que por primera vez mandaba que el Comité de Legislación comprendiera en su plan general de leyes civiles las relativas a la adopción. Sin embargo, no se incluyó en el primer proyecto del Código de Napoleón, y en el Consejo de Estado una parte considerable de sus miembros repudió la institución de manera absoluta. Demolombe (1886) recoge la argumentación empleada: que les parecía una institución “inútil”, porque las leyes ofrecen a la beneficencia otros medios de ser ejercitada; “peligrosa”, porque alentaba las vanidades del régimen nobiliario y favorecía el celibato y la corrupción de costumbres; “inmoral”, por último, porque colocaba a un niño entre la fortuna y el abandono de sus padres.¹¹⁴ De todas maneras, aun entre aquellos que la proponían como institución civil, se discutía sobre el carácter y los efectos que debería tener.¹¹⁵ Ahora bien, aparte de la

¹¹³ ANCEL, M. (1958). *L'adoption dans les législations modernes*. París: Dayoz, p. 5.

¹¹⁴ DEMOLOMBE, J. CH. (1886). *Traité de l'adoption et de la tutelle oficiense. De la puissance paternelle*. París: Durand, p. 4.

¹¹⁵ El criterio triunfante fue el del consejero de Estado, M. Berlier, quien en su defensa del proyecto de ley relativa a la adopción y tutela oficiosa, declaró: “He indicado ya que supuesto que la adopción no produce ningún cambio de familia, el adoptante no será más que un protector legal que no gozará —ni aún por ficción— de los derechos de la paternidad completa, a pesar de que le corresponden algunos de ellos: esa institución será, si cabe expresamente en tales términos, una cuasi

intervención personal de Napoleón,¹¹⁶ cuyo toque se ve en aquellas regulaciones que detallan la posición de los soldados, los derechos de los extranjeros y con relación a la posición de la mujer, a la adopción y al divorcio de mutuo acuerdo,¹¹⁷ el principal motivo que influyó

paternidad fundada en el beneficio de una parte y en el reconocimiento de otra” (cfr. *Código de Napoleón*. Con las discusiones, I, Barcelona, 1839, pp. 375-376).

¹¹⁶ Cuando Napoleón alcanzó el puesto de primer magistrado ya gozaba de una gran reputación, pero no por eso dejaba de sorprender a todo el que era testigo de la facilidad con la que tomaba las riendas y dominaba esas partes de la administración que le eran absolutamente nuevas. Todavía causaba más sorpresa al ver cómo trataba los asuntos que le eran completamente extraños. Presidió casi todas las reuniones del Consejo de Estado durante las cuales se discutió el Código Civil y tuvo parte activa en los debates, comenzándolos, sosteniéndolos, dirigiéndolos y animándolos. A diferencia de algunos de los oradores profesionales del Consejo, no hacía en absoluto esfuerzos retóricos. Nunca empleaba párrafos elaborados o palabras altisonantes; quedaba por debajo en conocimiento frente a cualquier otro miembro del Consejo. Y tampoco era inferior a los más experimentados por lo que se refiere a la facilidad con la que lograba ir al grano del asunto, la medida de sus ideas o la fuerza de sus argumentos (cfr. THIBAUDEAU, A. [1908]. *Bonaparte and the Consulate*, Londres: Fortescue, p. 168).

¹¹⁷ Según THIBAUDEAU (*Ibid.*), Napoleón se preparó para los debates y en sus discursos contó con la ayuda de Tronchet, entre otros. Su papel como jurista en las discusiones técnicas fue secundario. Pero, por el contrario, en los debates sobre principios generales sus opiniones eran contundentes. Asistió alrededor de 57 de las 106 sesiones de discusión del *Code*, mostrando un gran interés en aquello que repercutía en derechos civiles, matrimonio, divorcio y adopción. Su punto de vista autoritario en reacción a los “excesos revolucionarios” se pone de manifiesto en su voluntad de establecer un orden familiar, fundado sobre una magistratura moderna. Manteniendo las conquistas de la Revolución (abandono de privilegios, supresión del régimen feudal), el Código Civil se funda sobre un poder paterno-marital y fuerte, la afirmación de la propiedad privada y el reconocimiento de una libertad contractual que no excluye el control del Estado.

en los redactores del Código de 1804 para incluir esta institución se deduce del dictamen de la *Cour de Cassation* sobre la conveniencia de implantar la adopción: “Hay peligro en la introducción de ciertas leyes, que no están en armonía con las costumbres, cuando se imponen imperativamente; pero aquellas otras de simple facultad, leyes permisivas, que conceden un derecho, no hay peligro de ningún género en su reconocimiento y admisión”.¹¹⁸

Parece que la enérgica intervención del primer cónsul puso en vigor la adopción y que su opinión consistía en que la adopción debía imitar perfectamente a la naturaleza y producir un cambio completo de familia. El padre adoptivo debería ser preferido al natural, “no solo a los ojos de la ley, sino en el corazón del niño adoptado”, y se ponen también en boca de Bonaparte las siguientes palabras: “Los hombres no tienen más que los sentimientos que se les inculcan, y si la adopción acoge al niño todavía pequeño y se pronuncia solemnemente, de manera que impresione la imaginación, o sea, por el poder legislativo, la paternidad ficticia reemplazará por completo a la paternidad natural”.¹¹⁹ Estamos, pues, en presencia de dos concepciones antitéticas: una, la de Napoleón, amplia, abierta, visión anticipada de la adopción moderna, demasiado avanzada en su tiempo, y otra, la de la *Cour de Cassation* y la del consejero de Estado, M. Berlier, restringida y llena de hostilidad hacia la institución adoptiva.

¹¹⁸ Este fue el principal motivo que influyó en los redactores de los Códigos civiles decimonónicos para incluir esta institución en los mismos, ya que como dice Berlier en su discurso sobre la adopción, el bien necesita ser, las más de las veces, indicado para ser cumplido (*loc. cit.* en nota 31). Tal dirección de pura tolerancia fue seguida por el *Code* francés de 1804, el italiano de 1865, el rumano de 1864, el uruguayo de 1868, el colombiano de 1867 y más tarde el Código suizo de 1907, que regulan la adopción sujetándola la mayoría de ellos a tal cúmulo de requisitos que la hicieron impracticable.

¹¹⁹ DEMOLOMBE, *op. cit.*, p. 376.

Las interpretaciones de la postura avanzada, defendida por Bonaparte, son diversas.¹²⁰ Supone Ancel que la concepción del primer cónsul se debió a que pensaba en la posibilidad de procurarse un sucesor adoptivo y quería una perfecta imitación a la naturaleza que reposara en una especie de sacramento civil.¹²¹ Decía Napoleón:

La adopción no es ni un contrato civil ni un acto judicial. ¿Qué es pues? Una imitación por la que la sociedad quiere remedar la naturaleza. Es una especie de nuevo sacramento, pues no encuentro en nuestro idioma palabra alguna que pueda definir bien este acto. El hijo de los huesos y la sangre pasa por voluntad de la sociedad a los huesos y la sangre de otro. Es el acto más grande que uno puede imaginarse.

Y concluye: “*il donne des sentiments de fils à celui qui ne les abatit pas et réciproquement, de père*”.¹²² Acaso por la influencia de la autoridad del primer cónsul estas ideas fueron recogidas en las primeras redacciones del proyecto. Demolombe cita el siguiente texto de una de ellas: “El hijo adoptivo sale de su familia y pertenece a la familia del adoptante, en todos sus grados, directos y colaterales”.¹²³ Pero esta auténtica ficción jurídica de carácter irrevocable, que llevaba consigo una ruptura total de los lazos que ligaban el adoptado con su familia de origen, no pudo franquear los obstáculos que se le interponían.¹²⁴ Tampoco prevaleció la idea de los viejos juristas (Maleville, Tronchet)

¹²⁰ VELIOUNSKY, R. (1952). *La légitimation adoptive*. París: Sirey, pp. 31 y ss.

¹²¹ ANCEL, M. (1954). *La fonction sociale de l'adoption*. París: Sirey, p. 333, quien añade: “Trataba de encontrar la respuesta al problema de su falta de descendencia... soñaba con adoptar a Eugéne de Beauharnais”

¹²² FENET, H. (1803). *Travaillles préparatoires du Code civil*, T. X. París : Videcoq, p. 420.

¹²³ DEMOLOMBE, *op. cit.*, p. 5.

¹²⁴ “Se juzgó inmoral esta abdicación de los sentimientos naturales así como su

de crear una adopción política a favor de ciudadanos distinguidos por servicios prestados al Estado.¹²⁵ La consecuencia de todo ello fue que la adopción solo se admitió como un modo de consuelo y de beneficencia pero con las garantías necesarias –y esto es clave en la regulación de la institución– para que no pudiera servir a culpables intenciones; garantías no siempre eficaces, sin embargo, a juicio de los exégetas, para evitar que siguiera siendo un medio para eludir las prohibiciones de la ley.¹²⁶

Las garantías fueron rigurosas. La limitación de edad a cincuenta años para el adoptante (art. 343), la necesidad de que fuera el adoptado mayor de edad (art. 346), el carácter esencialmente contractual del acto de adopción y la prohibición de adoptar por quien tuviera hijos legítimos (art. 343) dejaban a la adopción prácticamente reducida al nivel de un pacto sucesorio. Esta normativa tan rigurosa constituye, a nuestro juicio, la expresión cabal del temor de que la adopción fuera utilizada para mejorar la situación de los hijos extramatrimoniales, pretendiendo así defender a la familia legítima de toda posible perturbación de su estabilidad y tranquilidad. Para ello, se procuró que la adopción no asumiera las características de una

sustitución por afectos fundados en una ficción jurídica.” Cfr. ROUAST, A. (1959). “L’oeuvre civiliste de Georges Ripert.” En *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 57, París, p. 1 y ss.

¹²⁵ Discusión del Consejo de Estado, sesión de 6 de frumario del año X. MALEVILLE, J. (1807). *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d’Etat*. 2ª edición. T. I. París : Garnery/Laporte, p. 251.

¹²⁶ HUC, F. (1892). *Commentaire théorique et pratique au Code Civil*, T. III. París: Paulin, p. 127, afirma que “los redactores del Código habían consagrado un sistema equívoco, que en realidad no es más que una institución de heredero y cuya utilidad práctica es permitir a un padre natural el dar a sus hijos los derechos de un hijo legítimo”. MOURLON, H. (1877). *Repetitions écrites sur le Code Civil*, T. I. París: Larose, p. 508, concreta qué peligros presenta y cómo la Ley trata de evitarlos.

verdadera estructura familiar. Un prejuicio condicionante de toda la normativa de la adopción en la etapa codificadora.¹²⁷

En España tuvo un reflejo más débil ese prejuicio, pero lo tuvo a la hora de la Codificación a juzgar por el informe emitido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, al acudir a la información pública suscitada a propósito del proyecto del Código Civil de 1851, en cumplimiento de la R. O. de 12 de junio del mismo año, manifestando: “Es cuestionable si debieran o no abolirse las adopciones. La opinión no las favorece, la Comisión las respeta por una justa consideración a los autores del Proyecto”.¹²⁸ El criterio de que la adopción debía mantenerse como un medio de ejercitar la beneficencia privada, que no debía excluirse, pero con escasa realidad práctica, fue una opinión general: García Goyena (1852) nos relata que entre los autores del proyecto de 1851 hubo casi unanimidad para pasar la institución en silencio, pero porque un vocal andaluz hizo presente que en su país había algunos casos, aunque raros, se consintió en dejar el Título de la adopción y “porque al fin este Título no es imperativo, sino permisivo o facultativo, y una cosa que puede conducir a sentimientos dulces y benéficos”.¹²⁹

¹²⁷ A este respecto señala ROUAST, A. (1924). “Comentaire de la loi du 19 juin 1923”. En *Daroz Précise*, 4, p. 257: “Institución de carácter patrimonial, sin consideración alguna de carácter afectivo, la adopción, sin embargo, sobrevive aunque vegeta. Implantada en nuestro Derecho por voluntad del legislador de la Revolución y después por la del Primer Cónsul, esta institución, que carecía de raíces en nuestro pasado, encuentra numerosos adversarios que tuvieron éxito llegando –sino a suprimirla– al menos a encerrarla en unas reglas tan severas que no tuvo más que raras aplicaciones en el siglo XIX.”

¹²⁸ MADRUGA MÉNDEZ, J. (1967). “La adopción”. En *Anuario de Derecho Civil*, 12, p. 751.

¹²⁹ GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. T. I. Madrid: F. Abienzo, p. 148, Es curioso el paralelismo que se observa entre las palabras del autor del proyecto isabelino y el dictamen de la

Benito Gutiérrez (1882) abundaba en el criterio de que “no había por qué abolir lo que sin causar daño puede en un caso ser útil”, ya que la adopción “sería innecesaria o indiferente, pero no podemos conceder que sea inmoral”.¹³⁰ En términos semejantes se expresan Falcón (1897), cuando señala: “Como remedio de la orfandad y consuelo a las personas que no tienen sucesión, la adopción tendrá siempre de una parte la razón y a la equidad”,¹³¹ y Del Viso (1889), que afirma: “A nosotros nos parece que el autorizar esta institución puede conducir a sentimientos de humanidad y beneficencia y esta circunstancia nos decide a considerarlo de gran utilidad”.¹³² Y Es-criche (1874), en su *Diccionario razonado*,¹³³ se muestra igualmente favorable a la adopción.

Lo que no asoma en los autores citados es el prejuicio contra los posibles abusos de la adopción, en cuanto pudiera significar con ataque a la familia legítima, que con tanta fuerza pudiera significar un

Cour de Cassation francesa al que ya nos hemos referido. Amplia bibliografía sobre este proyecto en RODRÍGUEZ ENNES, L. (2006). “Florencio García Goyena y la codificación iberoamericana.” En *Anuario de Historia del Derecho Español*, Nº 79, pp. 705 y ss.

¹³⁰ GUTIÉRREZ, B. (1882). *Códigos o estudios fundamentales del Derecho civil español*. T. I. Madrid: Reus, pp. 600-601.

¹³¹ FALCÓN, A. (1897). *Exposición doctrinal del Derecho civil español común y foral*. 5ª edición. T. I, Barcelona: Bosch, p. 314.

¹³² DEL VISO, J. (1889). *Lecciones elementales de Derecho civil*, 6ª edición. T. I., Valencia: Librería de Ramón Ortega, p. 169.

¹³³ A este propósito señala en la página 304: “Es una institución muy ventajosa a la sociedad; porque además del bien que se produce a los que se ven sin descendencia, procura, por otra parte, a las familias de escasa tortura los medios de asegurar una suerte feliz a sus hijos, y excita de este modo entre ellos, la noble emulación de las virtudes que ejercerán a porfía para merecer la estimación, la confianza y el interés de la beneficencia.”

ataque y que en nuestro país mantiene en solitario Hernández de la Rúa (1838).¹³⁴ Al contrario, es cierto que García Goyena¹³⁵ parte de la afirmación de que “la ley no reconoce por hijos, para los efectos civiles, sino a los legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio”, y que al comentar el artículo 151 del proyecto isabelino escribe que “por más que se diga y haga repugnaré siempre igualar la ficción o adopción con la realidad o filiación legítima o natural”. Pero en el “Apéndice número 2” de sus *Concordancias*, cuando relata la polémica sobre la condición de los hijos naturales, parece anticiparse a una de las funciones que hoy se reconocen a la adopción:

No merecen consideración alguna los que falso *coelibatus nomine* ni tienen la virtud de castidad conveniente al celibato, ni el valor suficiente para arrastrar las cargas y trabajos del matrimonio, y últimamente que, si después de sus fragilidades o extravíos quieren mostrarse padres hacia el fruto de ellos fuera del matrimonio, les queda abierta la puerta de la adopción sin escandalizar dándole publicidad, y sin ocultar al legislador en el arreglo enojoso de sus consecuencias.¹³⁶

¹³⁴ HERNÁNDEZ DE LA RÚA, V. (1838). *Lecciones de Derecho español*. T. I. Madrid: Ribadeneyra, pp. 127-128, en las que apunta: “El consuelo de los que perdieron sus hijos tampoco puede ser, y si lo fuese no es una razón fundada, porque ni el amor paternal se sacia más que con los verdaderos hijos, ni el que los perdió ve en el adoptado más que un recuerdo que le representa a cada momento la triste idea de lo que perdió. Sería, pues, más ventajoso no tolerar tales adopciones, y se evitaría ligar a los hombres con unos lazos que les pueden ser muy pesados, por tener que sufrir las desazones consiguientes a la discordancia de genio y de educación. La experiencia patentiza con toda evidencia la impertinencia de la licencia adoptiva, puesto que en medio de la permisión se ven raras solicitudes de esta especie”

¹³⁵ GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 152.

¹³⁶ *Ibidem*. “Apéndice número 2” p. 487.

Así se expresaba al autor del proyecto de 1851, pero de modo explícito también Escriche, quien se mostraba partidario de la adopción de los propios hijos naturales, no siendo “inmoral porque lo mismo ocurre con el reconocimiento”.¹³⁷ Esta idea guarda proximidad con lo que muchos años más tarde Goguey llama “reconocimiento de complacencia”, que permite, a la inversa, realizar verdaderas adopciones al margen de la ley.¹³⁸

El prejuicio aparece, en cambio, en la Base 5ª de la Ley del 11 de mayo de 1888, cuando decidió que “el Código regularía la adopción fijándose las condiciones de edad, consentimiento y prohibiciones que se juzguen bastantes a prevenir los inconvenientes que el abuso de este derecho pudiera traer consigo para la organización natural de la familia”. Consecuencia de ello fue una regulación híbrida y borrosa, mantenida intacta durante sesenta y nueve años, que mereció los juicios más desfavorables. Mucius Scaevola (1890)¹³⁹ compara la adopción a un árbol corpulento y frondoso del que se hubiesen podado ramas hasta dejar solo el tronco, para expresar que en nuestro Código dicha institución había quedado reducida a la mínima expresión. Resumiendo su juicio crítico sobre la disciplina de la adopción en nuestro Código escribe: “Que la misma, por una parte, busca en las apariencias personales por la diferencia de edad, la imagen de la naturaleza entre el padre y el hijo, por otra, cercena los derechos del adoptado o los somete a un formulismo jurídico”.¹⁴⁰

¹³⁷ ESCRICHE, J. (1874). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. T. I. Madrid: Reus, s. v. “arrogación”, p. 752.

¹³⁸ GOGUEY, A. (1959). *Les reconnaissances et légitimations de complaisance*. París: Sirey, p. 203.

¹³⁹ MUCIUS SCAEVOLA (1890). *Código civil comentado y concordado*. 5ª edición. Madrid: Imprenta de Moreno y Rojas, p. 630.

¹⁴⁰ *Ibidem* (1903). *Comentarios al Código civil*, 4ª edición. T. III. Madrid: Imprenta de Moreno y Rojas, p. 498.

Más recientemente, Royo Martínez (1949) afirmó en punto a la prístina regulación del Código que la adopción originaba tan solo “una situación híbrida, mal definida y poco justificada”.¹⁴¹

Y lo cierto es que el Código llegó a una regulación que, en decir de Castán Tobeñas (1966), estableció unos efectos de modo tal que se nos mostraba como institución establecida en beneficio del adoptante, más que del hijo adoptivo, y de una finalidad muy borrosa, pues ni puede afirmarse que creara una relación de paternidad y filiación ni con mucho semejante a la paternidad legítima; ni significaba una protección de los menores de edad, ante la posibilidad de adoptar también a los mayores; ni a los huérfanos, porque podían ser adoptados –según el propio Código– los sometidos a la patria potestad de otro.¹⁴²

Pero quien a nuestro juicio formula una crítica más constructiva es Augusto Comas. En la concepción de este autor, la adopción no respondía, ya en la época del Código, a una ficción, ni a su organización tradicional, porque se habían introducido modificaciones en la vida de familia y en la patria potestad; porque debía acomodarse a una función protectora, y solo autorizarse en beneficio de la infancia, por ser la época más apta para conseguir el favor de la obra de la ley, cimentándose en verdaderos sentimientos de generosidad y desinterés.¹⁴³ Como veremos enseguida –lo que corrobora cuanto hemos dicho acerca de la opinión de Comas– una más amplia concepción de la familia, la función protectora, el que se establezca precisamente en beneficio de la infancia y el fundamento en los sentimientos de generosidad y desinterés, han sido las ideas impulsoras del sorprendente desarrollo de la institución.

¹⁴¹ ROYO MARTÍNEZ, M. (1949). *Derecho de familia*. Sevilla: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, p. 308.

¹⁴² CASTÁN TOBEÑAS, J. (1966). *Derecho civil español común y foral*, T. V. Vol. 2. 8ª edición. Madrid: Reus, p. 216.

¹⁴³ COMAS, *op. cit.*, p. 253.

El recelo frente a la institución adoptiva también está patente en el *Codice Civile* italiano de 1865. El ministro de Justicia, Giuseppe Pisanelli, la excluyó del primer proyecto porque, a su juicio, se trataba de una “institución contraria a las costumbres”; “irracional”, ya que alteraba el estado civil de las personas y falseaba la naturaleza; “inmoral”, porque permitía legitimar la prole respecto de la que no se admitía el reconocimiento legal; y, finalmente, porque “situaba frente a la familia legítima una familia ficticia provocando, de esta manera, celos, odios y rencores”.¹⁴⁴ Frente a la posición del ministro de Justicia se alzaron diversas voces en defensa del mantenimiento de la adopción en el Código proyectado. En este sentido, Vigliani afirmó en el Senado que se trataba de una institución “*che nutre e aviva i piu nobili sentimenti di generosità e di beneficenza*”, señalando que el peligro de que mediante la adopción pudieran ser reconocidos hijos ilegítimos no naturales, podía obviarse mediante la prohibición de que los padres adoptasen a los hijos fruto de sus relaciones ilícitas.¹⁴⁵ Manzini, en la discusión de la Cámara de Diputados, calificó a la adopción de institución “*morale e benefica, vincolo di affetto e di gratitudine tra gli individui e tal volta di riavvicinamento tra le diverse classi sociali*”.¹⁴⁶ Triunfante el criterio permisivo, la adopción fue incluida en el articulado del Código de 1865, pero a imitación del sistema del Código francés, limitando sus efectos al adoptante y adoptado, que permanecía ligado a su familia de origen. En el mismo sentido se manifiesta el Código rumano de 1864, que acoge a la adopción someténdola a condiciones extremadamente restrictivas, inspiradas en el *Code Napoléon*¹⁴⁷.

¹⁴⁴ DEGNI, C. (1943). *Il Diritto di famiglia nel nuovo Codice civile Italiano*. Padova: Giuffré, p. 382, nt. 3.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 214.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 190.

¹⁴⁷ ANCEL, *op. cit.*, p. 7.

Muchos códigos latinos o de inspiración latina de la misma época la excluyen completamente, como el Código de los Países Bajos de 1838, el Código chileno de 1857,¹⁴⁸ el portugués de 1867, el argentino de 1871 y muchos otros hispanoamericanos. Es significativo, a este respecto, destacar que cuando el Código colombiano de 1873, separándose en este punto de su modelo chileno de 1857, consagra un capítulo a la adopción, no lo hace más que por respetar la tradición jurídica española. Esto motivó acerbas críticas por parte de los juristas colombianos de fines del siglo pasado, que llegaron a declarar preferible la medida adoptada por el legislador chileno “que se ha separado de una institución desusada”.¹⁴⁹ Como conclusión para la etapa codificadora, podemos señalar con Ancel¹⁵⁰ que la adopción

¹⁴⁸ Se han dado varias razones para justificar esta actitud legislativa. Así, se ha dicho que “la adopción (...) como que contraría la naturaleza y los principios de Derecho civil que reglan la familia y la sucesión no ha sido admitida por el Código” (cfr. CHACÓN, J. [1890]. *Comentarios y concordancias al Código civil*. Santiago-Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, p. 235). Otros han explicado esta derogación tácita de la institución señalando que tiene sus fundamentos en razones de orden público, “en la esencia misma de nuestro sistema de legislación y (...) en el respeto debido a las leyes naturales y a las conveniencias de la sociedad” (cfr. VALENZUELA, L. [1885]. *La adopción ante la ley chilena*. Santiago de Chile, p. 5). Sin embargo, para JARA MIRANDA, J. (1968). *La legitimación adoptiva*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 38, el motivo de la no inclusión de la adopción en el Código chileno fue de índole puramente práctica. Según este autor, en Chile no se encuentran antecedentes de que la adopción, a pesar de estar vigente en el período que va hasta 1857, hubiera tenido una aplicación amplia. “Frente a esta actitud casi general de repudio –concluye Jara– el legislador chileno juzgó superfluo, seguramente, establecerla en nuestro Derecho”.

¹⁴⁹ CHAMPEAU Y URIBE, A. (1899). *Tratado de Derecho civil colombiano*. T. I. Bogotá: Temis, p. 492.

¹⁵⁰ ANCEL, *op. cit.*, p. 8.

es tolerada en la práctica, sin que se estime necesario reconocerla a nivel legislativo, y esto acaece bajo las latitudes y sistemas jurídicos más dispares.

III. Vicisitudes ulteriores

Con el advenimiento del siglo veinte y, sobre todo, a raíz del estallido de la primera conflagración mundial con su secuela de huérfanos desvalidos y hogares destrozados, se hace urgentísima una transmutación de principios. Como ha dicho Planiol (1939),¹⁵¹ afirmación que aun referida al *Code français* podemos extender a todos los códigos decimonónicos,

los defectos del Código, aunque señalados desde hace mucho tiempo, resultaron más patentes después de la guerra de 1914 a 1918. Los huérfanos de la guerra eran numerosos y muchos los hogares en que los padres habían sido muertos por el enemigo, y la adopción pareció a muchos como medio de reparar parcialmente estas desgracias. Pero era necesario que la adopción de los menores fuera posible y que las condiciones y formalidades se simplificaran. De ahí nació la nueva legislación de la adopción. En lugar de una adopción de constitución lenta y llena de dificultades, concebida en beneficio del adoptante, de interés privado, debería existir una institución simple, práctica y útil en beneficio del huérfano y de la infancia desvalida, de constitución fácil y carente de rigorismos y formalidades.

En efecto, hoy se asignan a la adopción funciones de interés social muy concreto: aportar una vía de solución al problema de la infancia

¹⁵¹ PLANIOL-RIPERT, G. (1939). *Tratado práctico de Derecho civil francés*. T. II, La Habana: La Cultura, p. 787.

abandonada, con ventajas para el adoptado sobre las soluciones institucionales de beneficencia pública que pueden, a lo sumo, prestar al niño atenciones en sus necesidades materiales primarias, mientras que la adopción crea un clima de normalidad, que es social y psicológicamente el más seguro.¹⁵² Por otra parte, se ha producido un cambio de mentalidad respecto a la adopción, porque no se ve su fundamento en la idea de “caridad” o “beneficencia” —que en realidad no es muy compatible con la exigencia de seguridades y poderes sobre el hijo que la adopción confiere y los adoptantes exigen— sino en la idea de que alguien se siente feliz de acoger y educar a un niño en familia¹⁵³ y funciones de trascendencia individual, porque como se ha destacado por una socióloga francesa,¹⁵⁴

¹⁵² En este sentido, ARCE Y FLOREZ VALDÉS, J. A. (1968). *La adopción de expósitos y abandonados*. Madrid: Reus, p. 44, señala: “A través de tal instituto jurídico, se logra adecuadamente el objetivo de integración deseado y, con ello, el ambiente natural necesario para potenciar la formación integral del menor. Aún más, la adopción no solamente redime, por decirlo así, al menor directamente beneficiado con ella, sino que, a la vez, abre un camino ideal a otro niño necesitado de ingreso que puede ocupar la plaza que aquel ha dejado y, aunque normalmente las necesidades exceden a los medios de satisfacerlas, siempre logrará ir archivando la distancia. En todo caso, en ello se tiende a esa meta ideal de plena atención por cuanto el índice de absorción que en el conjunto de Instituciones puede favorecer la adopción es mayor que el que a primera vista cabe pronosticar”.

¹⁵³ LOJACONO, F. (1966). *Spunti critici e prospettive di riforma in tema di adozione*. Milán: Cisalpino-La Goliardica, pp. 222-223, añade: “En nuestro caso, la fecundidad espiritual, que corresponde a la naturaleza humana y se concreta en la nueva comunidad de vida surgida de la integración recíproca de los cónyuges, se materializa en el hijo del afecto, cuyo ingreso en la familia adoptiva es debido a un acto consciente en el plano de la auto-responsabilidad”.

¹⁵⁴ Sobre el tema, véase particularmente el libro de PIERRE MARMIER, M. (1969). *Sociologie de l'adoption. Etude de sociologie juridique*. París: Sirey, pp. 297 y ss.

la adopción constituye una respuesta al problema posible de la esterilidad con todas sus derivaciones y conexiones de índole social y psicológica cuando se presentan, cumpliendo también funciones económicas, educativas, e incluso, de transmisión del factor cultural.

La adopción, en efecto, responde a una serie de exigencias humanas que pugnan por encontrar su fórmula correspondiente. Por eso los legisladores se han visto obligados a aminorar o a dulcificar las onerosas condiciones con que aparecía regulada en los primeros códigos, o bien a recibirla sin dificultad en el cuadro de sus instituciones.¹⁵⁵ A este respecto en el área legislativa el panorama es muy extenso. Dejando aparte los primeros pasos que se dieron en su favor hace algún tiempo, como la ley francesa de 19 de junio de 1923,¹⁵⁶ el reconocimiento de la adopción en el Reino Unido por *Adoption of Children Act* de 4 de agosto de 1926 y la primera ley noruega de 1917, la proliferación legislativa parece iniciarse –poco más o menos– a partir del año 1948, y aún está en pleno desarrollo.

Desde otro punto de vista, el evidente renacimiento normativo de la institución –hasta avanzado el siglo veinte en “eclipse”– planteaba la cuestión de si en parte el auge se debe al cambio de función que a la adopción se asigna hoy en el que está latente una nueva concepción de la familia. Sin embargo, esta política legislativa favorable a la adopción puede comportar algunos peligros que el legislador trata de frenar. Así, por una especie de efecto reflejo bastante curioso, las facilidades dadas a la institución determinan la introducción de algunas limitaciones y de nuevas intervenciones

¹⁵⁵ MADRUGA MÉNDEZ, *loc. cit.* en nota 29.

¹⁵⁶ En Hispanoamérica uno de los factores que más ayudó a formar conciencia acerca de la necesidad de dictar normas que fomentasen la adopción fue la realización de congresos internacionales, como los Panamericanos del Niño en Buenos Aires en 1916, en Santiago de Chile en 1924, en Montevideo, Río de Janeiro y Lima.

de la autoridad pública.¹⁵⁷ Frecuentemente, estas disposiciones son promulgadas con el fin de evitar fraudes fiscales o ciertas prácticas ilícitas que la adopción puede suscitar por parte de intermediarios sin escrúpulos.¹⁵⁸ Por todas partes la adopción se encuentra sometida a un control más riguroso por parte de los poderes públicos, lo que constituye un testimonio patente del dirigismo jurídico del derecho moderno o, dicho en otros términos, de la inexorable estabilización de las instituciones del derecho privado. Bastaría con lo ya señalado para justificar la actualidad del tema como consecuencia de ese panorama general. Pero el interés se acrecienta cuando este fenómeno del “eclipse” y del “renacimiento” de la adopción se examina en la historia legislativa española.

Desde 1889, el capítulo V del Título VIII del Libro I del Código, referido a la adopción, estuvo petrificado y quieto hasta la ley del 24 de abril de 1958. Sesenta y nueve años.¹⁵⁹ En cambio, cuando

¹⁵⁷ ANCEL, *op. cit.*, p. 10.

¹⁵⁸ Tal era el objeto de la *Adoption of Children (Regulation) Act* inglesa de 1939, inspirada en la necesidad de poner punto final a la práctica de ciertas sociedades dedicadas a proporcionar niños a personas deseosas de adoptar (cfr. MAC WHINNIE, A. [1968]. *Adopted children. How they grow up*. Londres: Penguin, p. 289).

¹⁵⁹ De manera que, en casi setenta años, la adopción estuvo casi ignorada, salvo un decreto del gobierno republicano del 10 de abril de 1937 (Preámbulo: “Son muchos los españoles que llevados de este humanarísimo deseo de adoptar y con el convencimiento de que la razón del afecto está por encima de la ley de la sangre, se han dirigido a este Ministerio en solicitud de que se modifiquen las disposiciones del Código civil en materia de adopción, sometida a una reglamentación rígida y severa”) y la alusión del preámbulo de la ley del 17 de octubre de 1941 (“Las normas sobre la adopción contenidas en el Código civil, no han satisfecho en la práctica el propósito de suplir los vínculos paterno-filiales dados en la generación, respecto de los seres más desvalidos e inocentes, abandonados en torno de una casa de expósitos o recogidos en otros establecimientos benéficos”).

solo habían transcurrido doce desde esta reforma, el legislador sintió la necesidad o la conveniencia de establecer una regulación nueva, llevada a cabo por la ley del 4 de julio de 1970. Diecisiete años después, el 11 de noviembre de 1987, se acomete una importante reforma que, posteriormente, ha sufrido retoques puntuales. Así las cosas, pocas instituciones han sido objeto de tantas modificaciones legislativas desde la promulgación del Código Civil, señal de que la normativa sobre ella no sintonizaba con la realidad social que debía regular, o que rápidamente ha sido superada por esa realidad. Por lo que hace a la primera, la del 24 de abril de 1958, no hay duda de que esa reforma constituyó un importante cambio de orientación, sobre todo teniendo en cuenta el carácter rígido, severo y poco generoso de la regulación originaria del Código, pero sus efectos —en principio prometedores— no fueron suficientes.¹⁶⁰ La nueva regulación llevada a cabo por la ley del 4 de julio de 1970 constituyó una reforma importante porque, pese a la afirmación de la Exposición de Motivos de que “ahora lo nuevo no se traduce en una mutación de rumbo”,¹⁶¹ respecto a la normativa de 1958, parece claro que la de 1970 supuso una modificación casi radical en muchos aspectos, aunque, desde luego —y como veremos— quedó muy alejada de la línea de las legislaciones más avanzadas.

Esto dicho, tampoco nos parece que el legislador de 1970, aun habiendo desechado algunos de los viejos prejuicios que encadenaban la institución, consiguiera una ordenación normativa satisfactoria. Hay que subrayar que las perturbadoras tensiones políticas de muy

¹⁶⁰ Acerca del verdadero alcance de esta reforma, ver RODRÍGUEZ ENNES, L. (2004). “La intervención judicial en materia de adopción a partir de la Ley de 1987”. En LÓPEZ-ROSA, R. y DEL PINO-TOSCANO, F. (eds.). *Actas del Sexto Congreso Internacional y IV Iberoamericano de Derecho Romano. El Derecho de familia de Roma al derecho actual*. Huelva: Universidad de Huelva, pp. 629 ss.

¹⁶¹ Párrafo 3º de la Exposición de Motivos de la ley de 4 del julio de 1970.

preciso signo habidas en las Cortes franquistas de la época impidieron llevar a cabo una reforma de serio alcance y cristalizaron en una regulación plena de ambigüedades e innecesarias repeticiones conceptuales incompatibles con la técnica legislativa deseable en la elaboración de la norma. El juicio que nos mereció la norma –tras el análisis de las innovaciones realizadas–¹⁶² fue el de estimar que la nueva regulación, pese al avance que supuso respecto de la anterior, seguía quebrantando fundamentales exigencias de justicia, como son las de que la equiparación entre los hijos adoptivos y los legítimos sea proclamada a todos los efectos. Por lo que hace a la intervención judicial, la ley de 1970 exigía para el nacimiento de la relación adoptiva la concurrencia de una triple formalidad: judicial, notarial y registral “todo ello con igual valor constitutivo”. Con el establecimiento de este complejo procedimiento, el legislador trató de poner punto final –un tanto salomónicamente– a las fuertes discusiones doctrinales acerca de la naturaleza del acto constitutivo de la adopción. El resultado de esta política conciliatoria y transaccional ha sido la instauración de un procedimiento todavía más complejo e híbrido que el de la normativa anterior, que contribuyó a alejar en mayor medida a nuestra legislación de entonces de las modernas tendencias del derecho comparado. En efecto, así como la intervención judicial en la adopción es exigida por la totalidad de los Ordenamientos, son escasos, empero, los que dan intervención en la misma al notario y, más aún, los que atribuyen al otorgamiento de la escritura valor constitutivo. Concluimos nuestra crítica a la legislación de 1970 señalando que el sistema judicial anglosajón y de otros muchos países debió quedar implantado en toda su pureza por dicha reforma. Para ello bien se pudo escoger una fórmula semejante

¹⁶² Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, L. (1976). “La adopción (análisis crítico-sistemático de la Ley de 4 de julio de 1970)”. En *Foro Gallego. Revista Jurídica General*, Nº 169, 170, 171 y 172, A Coruña, pp. 5 y ss.

a la empleada por los legisladores portugués e italiano que proclamase claramente que la adopción nace en virtud de un auto judicial. La inscripción en el Registro podría practicarse en virtud de dicho auto, sin necesidad de pasar por el inútil trámite de la escritura pública. Así se hace en nuestro derecho con los autos de cambio de nombre y de apellidos y otras muchas resoluciones que afectan al estado civil.

De esta suerte, no cabía más que poner punto final a nuestro análisis, postulando por la necesidad de acometer una nueva revisión de tan problemática materia que llevase, por fin, la equiparación a las últimas consecuencias, de modo tal que más que de equiparación pudiese hablarse de auténtica integración de los adoptados en la familia adoptiva y abogando, al propio tiempo, por la necesidad imperiosa de simplificar el procedimiento proclamando sin ambages la naturaleza judicial del vínculo adoptivo y suprimiendo, por inútil y vacío de contenido, el trámite de la escritura pública. Por fortuna, el legislador español ha sido sensible a ello y el juicio que nos merece la actual normativa vigente introducida por la ley del 11 de noviembre de 1987, en general, es positivo por cuanto mejora indudablemente la legislación anterior, acogiendo la mayor parte de las propuestas que, en su día, planteamos.¹⁶³

¹⁶³ Para una exposición exhaustiva de la normativa vigente en materia de adopción, me remito a DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV, Derecho de Familia y Sucesiones*, 10ª edición. Madrid: Tecnos, pp. 273 y ss.

Quintiliano, el lenguaje claro y el auditorio¹⁶⁴

Por Gabriela Marta Alonsopérez¹⁶⁵

Resumen

El objetivo del trabajo es profundizar el principio presentado por Quintiliano (“el primer requisito de la elocuencia es la claridad”) como valor de la retórica y resaltar la importancia de tener en cuenta el auditorio al que está dirigida la exposición o escrito, y cómo esta idea planteada en la Antigüedad repercute en el lenguaje claro.

¹⁶⁴ El presente trabajo es una profundización de la ponencia denominada “Quintiliano y el lenguaje claro: ¿una propuesta de la retórica?” presentada en el IX Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano, realizado en 2022 en UFLO Universidad. El trabajo fue publicado en *Estudio sobre Principios generales y Derecho Romano. Volumen 2*, compilado por Mirta Álvarez (Buenos Aires, Editorial de la Universidad de Flores, 2023).

¹⁶⁵ Profesora regular adjunta en la asignatura Instituciones de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Económicas (Universidad de Buenos Aires).

Según Plain Language Association International, “una comunicación está en lenguaje claro si la lengua, la estructura y el diseño son tan claros que el público al que está destinada puede encontrar fácilmente lo que necesita, comprende lo que encuentra y usa esa información”.¹⁶⁶

La claridad en el discurso es primordial para asegurar una buena comunicación y el derecho de entender lo que dispone el Estado y afecta a los ciudadanos. A esto se agrega la necesidad de tener en cuenta el auditorio al que está dirigido dicho discurso.

Así, Quintiliano destacó la claridad como la principal virtud que debía cultivar un expositor teniendo en cuenta al destinatario, recomendación que no se respeta, en general, en el lenguaje jurídico.

El lenguaje claro promueve la eliminación de barreras en materia de comunicación y protege el derecho de comprender que tiene todo ciudadano.

Si bien el lenguaje claro presenta principios y reglas, no podemos apegarnos a ellos afectando el derecho de comprender los textos jurídicos que tienen las personas destinatarias de éstos, en especial las que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Esta preocupación por la claridad aparece en la famosa frase de Quintiliano, “El primer requisito de la elocuencia es la claridad”, en su obra *Instituciones oratorias*.

Existen organizaciones no gubernamentales y movimientos internacionales que fomentan el lenguaje claro como un derecho de los ciudadanos para comprender la información oficial, financiera y legal.

Así, tanto para el orador clásico como para el moderno es de suma importancia el utilizar un lenguaje claro al dirigirnos a la audiencia dado que el destinatario tiene derecho a comprender el mensaje que se desea transmitir. En este trabajo destacaré lo fundamental que

¹⁶⁶ PLAIN. Plain Language Association International. Disponible en: <https://plainlanguagenetwork.org/plain-language/que-es-el-lenguaje-claro/>.

resulta tener en cuenta las particularidades de la audiencia en virtud de una buena transmisión del mensaje.

Palabras clave: Quintiliano; lenguaje claro; auditorio

I. Quintiliano y su obra

Marco Fabio Quintiliano nació en Calahona (vivió aproximadamente entre 35 y 96 d. C.) y marchó a Roma donde, tras completar su formación llegó a ser abogado. Alcanzó una buena reputación, por lo cual el emperador romano Vespasiano creó una cátedra de retórica para él. Fue el primer rétor pagado con dinero público y el más famoso profesor de elocuencia en Roma. Fueron sus discípulos Plinio el joven, Juvenal, Suetonio y Tácito.

En el año 88, aproximadamente, se retiró de la enseñanza para escribir su gran obra destinada a la preparación del orador, las *Instituciones oratorias*. Aunque es probable que durante la Edad Media se conocieran algunos fragmentos, el texto completo no se utilizó hasta el año 1416, fecha en que fue descubierto en el monasterio de San Galo por el humanista italiano Poggio Bracciolini. Desde ese momento, su popularidad fue creciendo progresivamente y dicha obra formó parte de los planes de estudios de toda Europa.

Mientras estaba trabajando en su obra su primogénito fallece, desgracia que se une a la muerte reciente de su esposa y de su otro hijo de cinco de años.

Su obra es la razón para seguir viviendo y con ella ya no busca el provecho propio “sino que todo este esfuerzo mira a las muchas utilidades de los otros”.¹⁶⁷

¹⁶⁷ ALONSO ROCAFORT, V. (2008). “Marco Fabio Quintiliano y la retórica

Los doce libros de las *Institutiones oratorias* son de carácter teórico y didáctico.

El Libro I presenta las nociones preliminares que sirven de fundamento a todo el desarrollo de la retórica. Partiendo de principios psicológicos expone orientaciones para la formación desde la infancia del orador, la elección de las personas que se han de ocupar de él en los primeros años, la atención a las condiciones naturales del niño, nociones de cultura general, la pronunciación, los gestos y los métodos de aprendizaje gramatical.

Quintiliano expresa que la enseñanza debe apoyarse en la lectura y en el comentario del texto de oradores e historiadores, en la práctica de la redacción y el hábito de la autocorrección. También aconseja ejercicios de declamación y memorización. Por otra parte, señala que los tres fines de la retórica son: enseñar, mover y deleitar, los cuales han de converger en un fin ético.

El Libro II se refiere al contenido de la retórica: fija su objeto, define su naturaleza y delimita el ámbito de estudio y establece las clases de retórica y su división.

El Libro III expone la historia del nacimiento de la disciplina, una biografía breve de los principales oradores, y trata sobre los géneros y sobre las partes de la causa. Son los elementos del proceso civil y penal cuya exposición continúa en los cuatros libros siguientes.

Los libros IV, V y VI tratan de la *inventio- quid dicamus* según las partes del discurso persuasivo y se refiere a las cinco etapas del proceso retórico.

El Libro VII examina el plan organizativo del discurso.

Los libros VIII y IX explican los medios y los procedimientos del estilo: los tropos, las figuras y la *compositio*. Las principales cualidades

democrática." En *Utopía y Praxis Latinoamericana*. Vol. 13, Nº 43. Disponible en: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-52162008000400004.

del estilo oratorio son, según Quintiliano, la claridad, el orden y la precisión terminológica.

El Libro X contiene una relación antológica de poetas y de prosistas griegos y latinos. Describe las cualidades cognitivo-prácticas que debe tener el buen orador y muestra la importancia del “punto de vista retórico” en la valoración de los autores y en la crítica de los textos literarios.

El Libro XI trata de la *memoria* y de la *actio*. La *memoria* permite la adaptación improvisada. La *actio* la estudia en todos sus aspectos: pronunciación, recitación, presencia, ademanes y gestos. Formula las tres finalidades del discurso: enseñar, mover y deleitar, y caracteriza los rasgos de sus respectivos estilos.¹⁶⁸

Según María del Carmen García Tejera y José Antonio Hernández Guerrero, “A partir de Quintiliano la retórica concebida como el arte del bien (*pulchre*) decir, empieza a privilegiar los procedimientos estéticos y ornamentales del discurso sobre los recursos persuasivos y argumentativos”.¹⁶⁹

Dichos autores señalan:

El orador, según Quintiliano, debe ser capaz de ‘imaginarse’ asimismo en la situación del oyente, de ‘simpatizar’ con él. No puede conformarse con tratar de convencerle con argumentos racionales sino que, además, ha de emplear los recursos que exciten las emociones del oyente y lo muevan a adoptar una determinada actitud y a efectuar un coherente comportamiento.¹⁷⁰

¹⁶⁸ GARCÍA TEJERA, M. C. y HERNÁNDEZ GUERRERO, J. A. (s/f). “Quintiliano (c.a. 35-ca. 96.d.C)”. En *Instituto Cervantes*. Disponible en: https://www.cervantesvirtual.com/portales/retorica_y_poetica/quintiliano/.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

II. La elocuencia, la claridad y la oscuridad según Quintiliano

Quintiliano en *Instituciones oratorias*, Libro II, Capítulo III, afirma:

Pero dirá alguno: ¿no hay cierto grado de elocuencia tan remontada que excede la capacidad de un niño? No lo niego: pero el maestro que la tenga, es preciso que sea prudente, y que se achique y acomode a la capacidad del discípulo; a la manera que un grande andarín, si caminase con un niño, le daría la mano, acortaría el paso y no avanzaría más de lo que pudiese el compañero. ¿Y qué diremos de que por lo regular, cuanto más hábil sea el orador, su explicación ha de ser más perceptible y clara? Pues la primera virtud de la elocuencia es la claridad. Vemos también que, cuanto más limitado es cada uno tanto (...) más intenta el empinarse, y ensalzarse: así como los de estatura pequeña se ponen de puntillas, y los de menos fuerzas echan más bravatas. Porque tengo por cierto que los que dan en hinchazón, los que tienen el gusto estragado y los que afectan delicadeza en el lenguaje o pronunciación, y todos los que adolecen de cualquier vicio de afectación, no tanto pecan por falta de esfuerzo, cuanto por falta de fuerzas: así como los cuerpos no se hinchan por la robustez, sino por falta de ella, y los que perdieron el camino derecho, de ordinario se alejan más de él. Y así cuanto más ruin sea el maestro, tanto más oscuro será en la explicación.¹⁷¹

En el Libro VIII, Capítulo II, Quintiliano se refiere a la claridad y a la oscuridad del lenguaje. En lo que respecta a la oscuridad señala:

Pero la oscuridad principalmente debe evitarse en el contexto del lenguaje y en lo prolongado de él, que es de varias maneras. Por lo tanto, ni sea tan

¹⁷¹ QUINTILIANO, M. F. (1799). *Instituciones oratorias*. Libro II. Disponible en: https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/ffbc2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064_42.html#l_16.

largo que se nos escape el sentido de la oración, ni tan pesado por el trastorno de las voces que haya hipérbaton. Pero lo peor de todo es la mezcla confusa de las palabras (...).¹⁷²

Nace también la obscuridad de la interposición de alguna cosa en el contexto, como lo hacen los historiadores y oradores, porque esto embaraza el sentido (...).¹⁷³

Debe evitarse la ambigüedad, no solo aquella que deja incierto el sentido... sino aquella que aunque no turbe el sentido viene a resultar la misma ambigüedad (...).¹⁷⁴

Algunos amontonan palabras inútiles; los cuales, mientras huyendo del común modo de decir explican su pensamiento con mucho rodeo y verbosidad, movidos de una aparente elegancia, juntando y mezclando esta serie de palabras con otras semejantes, alargan tanto los períodos que no hay alentada que pueda seguirles. Otros hay que hacen estudio de no ser entendido (...).¹⁷⁵

Otros, por el contrario, son amantes de la brevedad, que escasean las palabras; y contentándose con entenderse ellos solos, no se cuidan de que los demás los entiendan.¹⁷⁶

Así, Quintiliano hace mención de diversas situaciones en el discurso que pueden derivar en la oscuridad del lenguaje y consecuentemente alejar al oyente de la posibilidad de entender el mensaje del orador.

¹⁷² *Ibidem*, op. cit. Libro VIII. Disponible en: https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/fffb2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064_48.html#l_98_idem.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

Finalmente, el autor citado afirma:

Yo tengo por la principal virtud la claridad, la propiedad de las palabras, el buen orden, el ser medido en las cláusulas y, por último, que ni falte ni sobre nada. De este modo el razonamiento será de la aprobación de los sabios e inteligible para los ignorantes (...). Si no usaremos de más y menos palabras que las precisas hablando con orden y distinción, entonces será clara la oración y la entenderán los que nos escuchan (...).¹⁷⁷

III. Quintiliano y su pensamiento

Quintiliano es el gran retórico didáctico con un espíritu esencialmente ecléctico y humanístico. Entiende la retórica en el sentido integral como lo hacía el hombre clásico: la formación del orador es la formación del hombre.

Está abierto a los influjos de las escuelas clásicas y “recomienda en su más célebre obra de preceptiva literaria *Instituciones oratorias* tomar de cada dirección filosófica lo mejor para la formación del orador: de la academia, la costumbre del diálogo discursivo; del peripato, la aporemática, como guía de investigación; de la estoa, la firmeza dogmática y sutileza de la prueba”.¹⁷⁸

Según Johannes Hirschberger (1985)

El ideal que Quintiliano traza ya en el proemio de la retórica considerándola como un arte de capacitación del hombre para la vida pública y política, que debe atender, por tanto, no solo a la instrucción de la mente y adiestramiento

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ HIRSCHBERGER, J. (1985). *Historia de la filosofía. Tomo 1: Antigüedad, Edad Media, Renacimiento*. Barcelona: Herder, pp. 535-536.

técnico en el arte de persuadir, sino a la honestidad de la vida para obtener el maduro juicio y equilibrio espiritual del gobernante, nos hace comprender la extraordinaria importancia de la retórica en la antigüedad y nos recuerda concretamente los ideales humanos filosóficos-políticos de la sofística.¹⁷⁹

Quintiliano manifiesta que si la retórica es “ciencia del bien decir (*bene dicendi scientia*), y este es el fin que se persigue –de modo que el orador sea ante todo un hombre bueno– pues deberá admitirse que la retórica es ciertamente útil a la ciudad, pues que mayor beneficio para ésta que la formación de buenos ciudadanos”.¹⁸⁰

Agrega el autor en *Instituciones oratorias*, Libro II, Capítulo IV:

Cuando tratemos del género judicial, enseñaremos el modo que nos parece mejor de formar la narración. Entre tanto basta advertir que ésta no debe ser seca y sin jugo. Según esto ¿para qué tantos estudios, si bastara el contar las cosas sin aliño ni adornos de palabras? Ni tampoco debe ser de cosas superfluas, ni llena de descripciones traídas violentamente; vicio en que muchos caen, imitando la licencia poética.¹⁸¹

En cuanto a la definición de la retórica, Quintiliano expresa en *Instituciones oratorias*, Libro II, Capítulo XVI: “Por donde los que la definieron, a su parecer, con más exactitud (...) dijeron que era una fuerza del persuadir por medio de las palabras (...)”.¹⁸² Y agrega: “Pero ni aun esto satisface lo bastante (...). Por el contrario, el orador no siempre persuade: para que entendamos que éste no es fin peculiar suyo, sino común a otros que no siguen esta profesión”.¹⁸³

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ ALONSO ROCAFORT, *op. cit.*

¹⁸¹ QUINTILIANO, *op. cit.*, Libro II.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ *Ibidem*.

Por otra parte, “Algunos, sin mirar al fin, dijeron que la retórica consiste en inventar razones acomodadas para persuadir, como dice Aristóteles, Libro I de la *Retórica*”.¹⁸⁴

Finalmente señala:

Porque no diré cosas inventadas por mí, sino lo que me cuadre, como por ejemplo que la retórica es arte de bien hablar; siendo cierto que el que habiendo encontrado con lo mejor busca otra cosa, seguramente quiere lo peor. Sentada por buena esta definición, ya se deja conocer cuál es el fin de la retórica, o cuál es aquella cosa última y principal adonde se encamina toda arte, que los griegos llaman *término*. Porque si es arte de bien decir, su fin y último término es esto mismo.¹⁸⁵

Esta mención al arte del bien decir se vincula con el lenguaje claro que busca hacer comprensible las palabras utilizadas en el marco del derecho judicial. El “decir bien” en términos de Quintiliano se afianza en la idea de claridad como principio fundamental para asegurar el derecho de entender que posee todo ciudadano.

En cuanto a la narración el autor, en *Instituciones oratorias*, Libro IV, Capítulo II, menciona que “la narración, pues, será clara si constando de palabras propias y claras, se evitaren las desusadas, indecorosas y extrañas. Si no se confundieren las circunstancias de las cosas, personas, tiempos y lugares y causas, y si todo se dijere con tanta claridad que al juez no le quede la menor duda”,¹⁸⁶ agregando que “la narración será breve, comenzándola desde donde conviene para informar al juez, y no más; si no se saliere del asunto; si carece

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, Libro IV. Disponible en: https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/fffbc2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064_44.html#l_57_

de toda superfluidad, omitiendo lo que no importa ni para inteligencia ni utilidad de la causa”.¹⁸⁷

IV. Quintiliano y la audiencia

Según José Rogerio Sánchez (1943), refiriéndose al pensamiento de Quintiliano:

El hará distinguir a sus discípulos lo que es fecundidad y lo que es estéril; lo que es aspereza y estridencia y lo que es armonía; lo que es hinchazón y vanidad y lo que es nervio y elevación; lo que es bajeza, tosquedad y chabacanería y lo que es naturalidad simpática y atrayente; lo que es rebuscamiento, tortuosidad y sombras, de lo que es sencillez, transparencia y tersura.¹⁸⁸

Quintiliano en su Libro VIII, en su proemio, expresa:

No pretendo con esto que hayamos de cuidar solo de las palabras, antes quiero responder, o por mejor decir, desvanecer desde el principio la opinión de los que sin cuidarse de los pensamientos (que son como el alma de un discurso) se envejecen en el estudio de una vana algarabía de palabras que usan para dar hermosura a su razonamiento. Las palabras hermocean, es cierto, un discurso; pero esto ha de ser con naturalidad, no con afectación.¹⁸⁹

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ SÁNCHEZ, J. R. (1943). “Quintiliano o el buen sentido”. En *Redined*. Disponible en: <https://redined.educacion.gob.es/xmlui/bitstream/handle/11162/69529/00820073000849.pdf>

¹⁸⁹ QUINTILIANO, *op. cit.*, Libro VIII.

El exceso de metáforas y adornos en el lenguaje dificulta la comprensión del texto afectando la posibilidad de entender del auditorio.

En el Libro II, Capítulo 14, sostiene:

Ninguno aguarde de mí que dé a los aficionados de la elocuencia aquellos preceptos que la mayor parte de los que trataron esta materia miraron como leyes inviolables: poniendo el exordio y las virtudes que debe tener, después la narración y sus leyes; luego la proposición, o como otros quieren, la *digresión*; y últimamente cierto orden de cuestiones, y todo lo demás que algunos autores siguen al pie de la letra, y con tanta esclavitud como si el traspasarlo fuera delito. Cosa muy fácil por cierto era la oratoria, si estuviera ceñida a unas reglas tan breves y precisas. Pero sucede que el asunto, las circunstancias y la necesidad hacen variar y mudar estas reglas. Por donde la principal regla es el tino y juicio del orador, el que le dirá cómo y cuándo debe mudarlas.¹⁹⁰

Este pensamiento se vincula con la idea de no apegarse a las reglas del lenguaje claro como normativa inamovible, sino como marco que se debe respetar en virtud de la utilidad que ofrece, teniendo en cuenta las circunstancias y el destinatario de dichas reglas. Estas reglas pueden ser modificadas para cumplir con el objetivo del lenguaje claro de asegurar el derecho de comprender que tiene el ciudadano.

Quintiliano agrega un ejemplo que aclara lo dicho:

Si uno mandase a un general, cuando ordena su gente en batalla, que la lleve de frente al enemigo, que adelante las alas y las cubra con la caballería, ¿qué diríamos? Este orden será bueno, cuando buenamente se pueda guardar; pero no se observará cuando lo impide la naturaleza del terreno, los montes, selvas, ríos o collados y asperezas que tiene delante. Esta disposición la

¹⁹⁰ *Ibidem*, *op. cit.*, Libro II.

mudará la naturaleza de los enemigos y de la batalla que se ha de dar: puesto caso que unas veces peleará de frente, ya poniendo el ejército en forma de cuña, ya con las tropas auxiliares, ya con toda la gente: y ocurrirá lance en que convendrá hacer huida falsa. Del mismo modo, si es o no necesario el exordio; si ha de ser breve o largo; si toda la oración se ha de dirigir a los jueces, o sólo alguna vez por medio de alguna figura; si la narración ha de ser corta o larga, continuada o interrumpida; si se ha de hacer en la forma regular, o si se ha de mudar esta disposición: todo esto lo ha de decir el asunto de que se trata.¹⁹¹

Así, en orden de cumplir las reglas no se puede afectar la utilidad para cual dichas reglas fueron creadas.

En el Libro X, Capítulo 1, el autor refiere:

Mas nosotros, que atendemos a la energía de perorar y no a la verbosidad, propia de charlatanes, debemos hacer acopio de ellas con juicio. Esto lo conseguiremos leyendo y oyendo lo más selecto. Porque con este cuidado no solo aprenderemos los nombres mismos de las cosas, sino para qué lugar es más acomodado cada uno. Pues casi todas las palabras, a excepción de algunas que son poco honestas, tienen lugar en la oración, y los escritores de los yambos y de la antigua comedia, aun en aquellas expresiones desvergonzadas, son alabados muchas veces; pero a nosotros entre tanto nos basta el preservar de ella nuestra obra. Todas las palabras (a excepción de las que he dicho) vienen muy bien en algunos lugares. Porque a veces es necesario usar de las humildes y vulgares; y las que en materia más culta parecen bajezas, cuando el caso lo pide se usan con propiedad.¹⁹²

¹⁹¹ *Ibidem.*

¹⁹² QUINTILIANO, *op. cit.*, Libro X. Disponible en: https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/fffbc2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064_50.html#l_113_

Y agrega:

Aunque sepamos todas estas palabras y tengamos noticia no solo de su significación, sino también de sus diversas formas y medidas, de sus declinaciones y conjugaciones, no podemos entender sino leyendo y oyendo mucho de qué modo vienen bien en cualquier parte que se coloquen, porque aprendemos primero toda la lengua por los oídos. Por cuya razón los niños criados de orden de los reyes en un desierto por amas mudas, aunque dicen que pronunciaron algunas palabras, sin embargo carecieron del ejercicio de la lengua.¹⁹³

En esta parte, Quintiliano hace referencia a las carencias de los niños, pero podríamos ampliarnos a cualquier tipo de carencia o dificultad en el lenguaje que pudiera tener el destinatario del mensaje. Así, la vulnerabilidad de los niños puede ser asimilada a otros tipos de vulnerabilidades que se dan hoy en la sociedad moderna y que necesitan ser atendidas al momento de dar un mensaje que sea comprensible para el receptor.

Quintiliano, al referirse a la escritura, recomienda en su Libro X, Capítulo 3, que:

a saber: de qué manera se ha de escribir y qué es lo que más conviene que se escriba, comenzaré desde aquí a seguir el orden. Sea en primer lugar lo que se escribe una cosa hecha con esmero, aunque se tarde; busquemos lo más excelente, y no nos enamoremos inmediatamente de lo que se nos pone por delante; debe haber discreción en el inventar, y disposición en lo que se ha elegido como bueno. Debe hacerse elección de cosas y de palabras, y es necesario examinar el peso de cada una.¹⁹⁴

¹⁹³ *Ibidem.*

¹⁹⁴ *Ibidem.*

En el mismo libro indica:

Mas no solo el ejercicio, el que sin duda alguna sirve mucho, sino también el método contribuirá también a que podamos escribir mucho y con prontitud; esto es, que en lugar de tener levantada la cabeza mirando al techo y agitando con murmullo la imaginación, esperando lo que nos ha de ocurrir, reflexionaremos qué es lo que pide el asunto, qué conviene a la persona, cuál es la ocasión y cuál el ánimo del juez, poniéndonos a escribir de un modo racional.¹⁹⁵

En este párrafo donde se menciona “qué es lo que pide el asunto, qué conviene a la persona, cuál es la ocasión”, se visualiza la importancia de reconocer la individualidad del destinatario que recibe el mensaje.

Como expresa María Victoria Feito Torrez (2023):

Es decir: existe una necesidad real de que la justicia se adapte a las características particulares de las personas, pero mucho más a las características particulares de las personas atravesadas por situaciones de vulnerabilidad en esta interseccionalidad de características inequitativas. En general, las personas que se acercan a la justicia o a la administración buscan resolver algún conflicto; en una especie de “capa sobre capa”, estas personas en interseccionalidad se acercan a juzgados y cortes con dos vulneraciones: las que cargan por ser y las que cargan por estar.¹⁹⁶

En el Libro XI, Capítulo 1, Quintiliano menciona: “Compendia brevemente Cicerón en el libro tercero *Del Orador*; y sin embargo, no puede parecer que omitió cosa alguna diciendo: que un mismo

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ FEITO TORREZ, M. V. (2023). *Mirar el lenguaje claro desde una justicia interseccional*. La Ley.

género de oración no es conveniente a toda causa ni a cualquier auditorio, ni a cualquier persona ni tiempo.¹⁹⁷ Y agrega Quintiliano: “Lo que se debe enseñar con más cuidado es: que aquel últimamente es el que dice de un modo conveniente que no solamente ha llegado a penetrar qué cosa sea útil, sino también qué cosa sea conveniente”.¹⁹⁸

Este sentido de la “conveniencia” que refiere el autor citado, según mi opinión, debe ser tomado en el lenguaje claro para entender la importancia de adecuarlo en la redacción de los escritos, en especial los escritos judiciales, asegurando que el mensaje no se distorsione al momento de la lectura por parte del destinatario. En palabras de Quintiliano:

Aun el mismo género de elocuencia a unos les conviene de una manera y a otros de otra.

1º. Porque a los ancianos no les está tan bien un estilo redundante, enreído, atrevido y de mucho adorno, como un estilo conciso, suave, limado y como el que quiere dar a entender Cicerón cuando dice que su oración había comenzado ya a encanecer, así como en la edad madura no dicen bien los vestidos adornados con la grana y la púrpura. En los jóvenes se permite más afluencia de palabras, y aun expresiones casi arriesgadas. Pero en estos mismos un modo de decir seco, afinado y conciso se hace por lo común odioso por la misma afectación de seriedad, puesto que en los jóvenes se tiene por intempestiva la autoridad de las costumbres propias de un anciano.

A los hombres de guerra les convienen expresiones más sencillas. A los que de intento hacen alarde de filósofos (como les sucede a algunos), les sirven de poca belleza los más de los adornos de la oración, y con especialidad los

¹⁹⁷ QUINTILIANO, *op. cit.*, Libro XI. Disponible en: https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/fffbc2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064_51.html#I_123_

¹⁹⁸ *Ibidem*.

que tienen su principio de los afectos, que ellos llaman vicios. También es ajena de tal asunto la composición numerosa y las expresiones más exquisitas. Porque no solo no son del caso aquellas expresiones más alegres, cuales son las que dice Cicerón: “Los peñascos y las soledades corresponden a la voz”; pero ni aun aquellas otras, aunque llenas de vigor, a saber: “A vosotros, oh collados y montes albanos, a vosotros, vuelvo a decir, os imploro y os pongo por testigos, y a vosotros, oh altares destruidos de los albanos, compañeros y contemporáneos de los sacrificios del pueblo romano”, no dicen bien con aquella barba y gravedad de un filósofo.

Pero un ciudadano de edad perfecta y verdaderamente sabio, que se haya dedicado no a las vanas disputas sino al gobierno de la república (del que se han apartado muchísimo los que se dan el nombre de filósofos), usará con gusto todo aquello que contribuye a conseguir lo que se ha propuesto en la oración, habiéndose primero propuesto en su interior persuadir lo que sea honesto.¹⁹⁹

V. El lenguaje claro

El lenguaje claro es un movimiento internacional que apareció en la década de 1970 en Europa con la finalidad de simplificar la manera en que nos comunicamos por escrito, facilitando la comprensión de leyes y sentencias.

La organización Plain Language Association International (PLAIN) señala: “Una comunicación está en lenguaje claro si la lengua, la estructura y el diseño son tan claros que el público al que está destinada puede encontrar fácilmente lo que necesita, comprende lo que encuentra y usa esa información”.²⁰⁰

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ PLAIN, *op. cit.*

En Argentina, la primera iniciativa gubernamental del lenguaje claro fue el sitio *Derecho Fácil* (www.derechofacil.gob.ar), presentado a finales de 2016 por el ministro de Justicia de la Nación, Germán Garavano. El 5 de diciembre de 2018, la provincia de Buenos Aires lanzó su propio micrositio *Derecho Simple* (www.derechosimple.gba.gob.ar). También se inscriben en este movimiento iniciativas de la sociedad civil como el caso de “Derecho en Zapatillas”. A mediados de noviembre de 2018 se lanzó la Red Argentina de Lenguaje Claro bajo la dirección conjunta del Senado, la Secretaría Legal y Técnica y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Según la *Guía de Lenguaje Claro y Estilo* del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “el debido proceso exige que toda persona pueda defenderse, probar, impugnar, obtener una decisión que esté debidamente motivada, y otras garantías esenciales que permitan considerar que el trámite y la decisión judicial son válidos”.²⁰¹

En cuanto a las sentencias, todo ciudadano tiene derecho a conocer y comprender el contenido y la razón por la cual los jueces toman las decisiones. Si el ciudadano no comprende, no puede ejercer ningún derecho.

En la práctica se advierte que el vocabulario legal y técnico y ciertas prácticas judiciales antiguas relativas al modo de redacción, estilo y formato, generan un problema en la comunicación entre los operadores judiciales y los ciudadanos. Esta guía sugiere algunas pautas en la redacción de los textos: 1) utilizar vocabulario corriente y evitar tecnicismos innecesarios; 2) evitar la utilización de frases o palabras en latín (como, por ejemplo, *ut supra*); 3) evitar el uso excesivo de marcadores y conectores, y si se utilizan intentar variarlos y seleccionar los más

²⁰¹ PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (2019). *Guía de Lenguaje Claro y Estilo*. Disponible en: <http://lenguajeclaroargentina.gob.ar/wp-content/uploads/2020/06/GUIA-DE-LENGUAJE-CLARO-Y-ESTILO.pdf>

sencillos; y 4) evitar el lenguaje androcéntrico (utilizar lenguaje con perspectiva de género).

Por otra parte, la guía señala pautas referidas a la estructura y estilo en general: 1) utilizar oraciones cortas; 2) utilizar párrafos breves (debe haber una idea por párrafo); 3) sea cual fuera el texto que se está redactando mantener siempre el mismo tiempo verbal; 4) evitar la despersonalización de los sujetos que mencionamos (fiscalía, defensoría, etc.); 5) evitar el uso de abreviaturas sin aclarar el significado por primera vez (por ejemplo, Código Penal, en adelante CP); 6) evitar el uso excesivo de la voz pasiva, primero indicar sujeto, luego verbo, finalmente el objeto (ejemplo: “El juez fijó una audiencia” y no “La audiencia fue fijada por el juez”).²⁰²

Según Enrique Silvestre Catalán,

uno de los elementos que deberían conformar nuestra condición de ciudadanos libres es la lucha por conseguir que la inevitable posición del Estado y su administración, que generan un tecnolenguaje específico que no puede soslayarse, no justifique en ningún caso la oscuridad del mensaje ni la dilución de la responsabilidad del poder respecto de los ciudadanos. (...) La lengua del Estado debe ser clara, modélica y comprensible para todos los habitantes.²⁰³

Agrega el citado autor: “Se busca la opacidad deliberadamente, amparándose en la obligada tecnificación del lenguaje, y ello acaba dinamitando el flujo mismo de la comunicación, pues el receptor

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ CATALÁN, E. S. (2019). En PEREZ, J., LANNE-LENN, L., DE LOS REYES, G. y CARRETERO GONZÁLEZ, C. (coords.). *Lenguaje Claro. Comprender y hacernos entender*. Sevilla: Instituto de Lectura Fácil, p. 6 Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/17353/GUIA%20DEF%20LENGUAJE%20CLARO.PDF?sequen>.

deja de entender el mensaje. Y ello afecta a la esencia misma de la democracia y la libertad de los ciudadanos”.²⁰⁴

Así, el autor señala que la oscuridad en el lenguaje afecta el derecho de comprender y entender que tiene todo ciudadano para poder desarrollarse dentro de un marco legal en una democracia.

Por su parte, Jesús Prieto de Pedro (1996) expresa que las virtudes que hacen que el lenguaje jurídico acceda a la condición de buen lenguaje son la claridad, la precisión y la corrección gramatical.²⁰⁵

Guillermo Dante González Zurro afirma (2018): “Si todo usuario tiene derecho a obtener información clara y comprensible sobre el servicio contratado y el proveedor está obligado a otorgarla, el justiciable, como usuario del servicio de justicia, debería ser tratado de la misma manera nunca en forma más desventajosa”.²⁰⁶

Según este autor,

la misma Constitución Nacional en su artículo 18 al consagrar el “debido proceso” dispone “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. Mal podría hablarse entonces del acceso a la justicia como derecho fundamental si la persona involucrada desconoce cuáles son sus derechos y obligaciones, como obtener “su tutela efectiva”, que puede esperar de la tramitación de un juicio. El acceso a la justicia comprende el derecho a la información en lenguaje claro.²⁰⁷

²⁰⁴ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 7.

²⁰⁵ PRIETO DE PEDRO, J. (1996). “Lenguaje Jurídico y Estado de Derecho”. En *Revista de Administración Pública*, Nº 140, p. 113. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17313.pdf>.

²⁰⁶ GONZÁLEZ ZURRO, G. D. (2018). “Sentencias en lenguaje claro”. En *La Ley*, 26-12-2018. Disponible en: https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/IVONNE/POSTULANTES/ENTC-Reglamento_Princ_Publicidad_y_Comunicacion_Jud.pdf.

²⁰⁷ *Ibidem*.

Escribir una sentencia en lenguaje claro es una elección que pone la mira en el destinatario:²⁰⁸ el ciudadano, asegurándole la comprensión del texto y consecuentemente la protección de sus derechos.

El lenguaje claro no es una simplificación, es rediseñar un mensaje buscando una comunicación más legible, más clara y comprensible.

El juez debe expresar en forma clara los argumentos y razones que brinda para condenar o absolver. Estas razones deben ser entendidas por las personas a las que van dirigidas y por la sociedad toda, para poder ejercer un control democrático sobre los actos públicos, como son las sentencias.

Por otra parte Cristina Carretero González expone: “El lenguaje jurídico claro ha pasado de constituir una tendencia a convertirse en una necesidad porque así lo exigen los ciudadanos como consumidores del derecho y por tanto del lenguaje jurídico con el que éste se comunica”.²⁰⁹

La autora agrega:

La claridad del Derecho es tanto una exigencia legítima de la ciudadanía como una obligación para los poderes públicos. Todos los que utilizamos el Derecho como herramienta, desde el legislador hasta el magistrado, desde el profesor hasta el notario, de una u otra manera estamos implicados en conseguir una Justicia transparente, con un Derecho accesible, comprensible y adaptado al siglo XXI.²¹⁰

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ CARRETERO GONZÁLEZ, C. (2018). “La importancia e influencia del uso del lenguaje claro en el ámbito jurídico.” En Repositorio Universidad Pontificia Comillas. Disponible en <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/25574/Cristina%20Carretero%20Pensamiento%20Penal%20doctrina46190.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

²¹⁰ *Ibidem*.

Según Natalia Staiano (2021), “el lenguaje claro surge como una herramienta para mejorar la comprensión lectora y tiene como objetivo la autodeterminación mediante el ejercicio del derecho a comprender. El lenguaje claro propicia la eliminación progresiva de barreras en materia de comunicación”.²¹¹

Además, señala: “Es importante destacar que la claridad de los mensajes no supone una simplificación de los contenidos, ni una subestimación del receptor. Por el contrario, está vinculada a la efectividad de los mensajes. Desde esta perspectiva, un texto es eficaz si se comprende”.²¹²

VI. El lenguaje claro y la audiencia

Como expresa María Victoria Feito Torrez (2023), “no existe un código unificado con todas las normas del lenguaje claro (...) sin embargo, existen buenas fuentes de normas sobre el lenguaje claro que podemos tomar como referencia”.²¹³

Siguiendo a dicha autora mencionaré algunas de estas fuentes.

Según Federal Plain Language Guidelines, una de las normas del lenguaje claro se refiere específicamente a la audiencia:

La primera regla del lenguaje sencillo es: escribe para tu audiencia. Utilice un lenguaje que su audiencia entienda y con el que se sienta cómoda. Tenga en cuenta el nivel actual de conocimientos de su audiencia (...). Conozca la

²¹¹ STAIANO, N. (2021). “El lenguaje claro como garantía de una comunicación eficaz entre el Estado y la ciudadanía”. En *Cuadernos del INAP*, Año 2, p. 16. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cuinap59.pdf>.

²¹² *Ibidem*, op. cit., p. 26.

²¹³ FEITO TORREZ, op. cit.

experiencia y el interés de su lector promedio y escríbale a esa persona. No escriba a los expertos, a los abogados ni a su dirección, a menos que sean su público objetivo.²¹⁴

Según Plain Language Association International, el lenguaje claro se organiza en base a cinco ejes o áreas: audiencia y propósito, estructura, diseño, expresión y evaluación. La audiencia y el propósito implica considerar las características específicas de quienes reciben el texto: su edad, profesión, educación y habilidades. También incluyen qué información puede ya conocer el destinatario y cuál puede necesitar, y cuál será la finalidad de leer esa comunicación.

Una de las recomendaciones al escribir que sugiere Plain English Campaign es que se utilicen palabras que sean apropiadas para el lector.

De lo expresado se desprende que las reglas del lenguaje claro sirven de marco para facilitar la escritura sin perder de vista el objetivo de asegurar la comprensión del mensaje por parte del destinatario que tiene dicho lenguaje. Por tanto, es necesario apartarse de la rigidez de las reglas cuando el derecho de comprender del ciudadano pueda verse afectado.

Según María Victoria Feito Torrez, “a tener en mente los principios del lenguaje claro al momento de escribir; a no centrarse solo en las reglas y a recordar a cada paso que el derecho humano a entender es fundamental para el debido ejercicio de todos los demás derechos”.²¹⁵

La autora cita el artículo 16 de la Constitución Nacional al referirse al “efectivo acceso a la justicia”. La misma señala que

el efectivo acceso a la justicia no es una construcción abstracta; la Constitución Nacional manda en su artículo 16 que todos

²¹⁴ FEDERAL PLAIN LANGUAGE GUIDELINES. Disponible en: <https://www.plainlanguage.gov/guidelines/audience/>

²¹⁵ FEITO TORREZ, *op. cit.*

los habitantes del país sean iguales ante la ley. Difícilmente pueda haber igualdad ante la ley si unas pocas personas tienen el privilegio de entender el lenguaje que actualmente se usa en las normas jurídicas (todas ellas, las generales y las particulares), mientras que la mayoría de la ciudadanía necesita la “traducción” que hacen los y las profesionales del derecho.²¹⁶

Por otra parte, en el artículo 18 de la Constitución Nacional se establece la defensa en juicio. Nadie puede defenderse si no comprende las normas generales que amparan los derechos, no comprende lo que se expresa en un juicio, o no se comprende la norma particular que el juez creó para un caso determinado.

Esa posibilidad de incompreensión de un texto por parte del destinatario se da con mayor frecuencia en personas en situación de vulnerabilidad.

En Argentina, las reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad han sido incorporadas al ordenamiento jurídico mediante Acordada 5/2009 en febrero de 2009 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Mencionaremos algunas reglas en las que se señala la necesidad de adecuar el lenguaje frente a destinatarios en situación de vulnerabilidad.

El capítulo III, sección segunda, regla 58, enuncia: “Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial en el que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que ésta pueda comprender su alcance y significado”.²¹⁷

Y agrega la siguiente regla: “(59) En las notificaciones y requeri-

²¹⁶ *Ibidem.*

²¹⁷ CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA (2008). *Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>.

mientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en estas reglas. Asimismo, se evitarán expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias”.²¹⁸

Asimismo, la regla 60 expresa: “En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico”.²¹⁹

Otra regla, la 61, menciona: “Se fomentarán los mecanismos necesarios para que la persona en condición de vulnerabilidad comprenda los juicios, vistas, comparecencias y otras actuaciones judiciales orales en las que participe”.²²⁰

En la sección tercera, la regla 63 indica: “Con carácter previo al acto judicial, se procurará proporcionar a la persona en condición de vulnerabilidad información directamente relacionada con la forma de celebración y contenido de la comparecencia, ya sea sobre la descripción de la sala y de las personas que van a participar, ya sea destinada a la familiarización con los términos y conceptos legales, así como otros datos relevantes al efecto”.²²¹

La regla 72 agrega: “Se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se debe procurar formular preguntas claras, con una estructura sencilla”.²²²

²¹⁸ *Ibidem.*

²¹⁹ *Ibidem.*

²²⁰ CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, *op. cit.*

²²¹ *Ibidem.*

²²² *Ibidem.*

El principio que une las normas mencionadas de la acordada de Brasilia, según María Victoria Feito Torrez, es el *favor debilis*, “en favor del más débil”. Así lo señala la autora:

El Derecho no ignora que las distintas personas tienen distintas cantidades de poder social y que este poder social posiciona a algunas personas mejor y a otras peor ante la ley. El principio *favor debilis* obliga a quienes trabajan en el Poder Judicial –pero también a quienes trabajan en los otros dos poderes– a que busquen formas de equilibrar estos desajustes, dando más herramientas a quienes menos poder tienen. La aplicación del principio no escapa a la desigualdad ante la ley de hombres y mujeres, y por eso manda a los trabajadores del Estado a que usen un lenguaje que sea accesible para todas las personas, pero particularmente para los grupos más vulnerados.²²³

La autora representa en un ejemplo esta situación al referirse a una mujer que ella asesora en un proceso de revinculación y que recibe de un oficial de justicia una notificación. La misma dice:

Por la presente se cita a (nombre) e hija (nombre) con domicilio sito en (dirección) a fin de sostener entrevista con la trabajadora social Lic. (nombre) a solicitud judicial el día 25/04/2023 a las 10 horas en la comisaría comunal (nombre y dirección), segunda opción de citación para el día 27/04/2023 a las 10 horas. En caso de no poder comparecer tenga a bien comunicarse con la profesional actuante en (número y horario) o en su defecto (otro número).

Este texto, aunque breve, no resulta claro para la destinataria que es una mujer de clase baja que no ha completado los estudios primarios. La mujer al leer el texto unió las palabras que pudo entender (trabajadora social, judicial, comisaría) y concluyó que nada bueno puede

²²³ FEITO TORREZ, *op. cit.*

ocurrir en una comisaría si hay una trabajadora social de por medio y si lo ordena un juez. Indudablemente un mismo texto no es captado de la misma manera por personas en situaciones de vulnerabilidad.

Esto demuestra que las personas en situación de vulnerabilidad están en desventaja para entender los textos judiciales o legales, y el Estado a través de sus poderes debe asegurarle el derecho a entender adaptando los textos a las condiciones de comprensión del destinatario.

De esta manera, se aplica la idea mencionada por Quintiliano de tener en cuenta “qué es lo que pide el asunto, cuál es la ocasión” respetando las individualidades, y en el caso de advertir carencias en el destinatario, realizar los ajustes necesarios en el discurso para que sea interpretado correctamente por el lector.

El lenguaje claro apunta a asegurar el derecho de entender que permite el ejercicio de los otros derechos como el respeto a la familia, a la educación, la cultura, el acceso a la justicia, la libertad, salud, bienestar, entre otros.

El lenguaje claro necesariamente nos invita a ejercer la empatía, ponernos en el lugar del otro, pensar en ese otro desde su individualidad. Según Emilia María Valle (2023), en la redacción de un texto en lenguaje claro: “La principal recomendación es centrarse en la audiencia: es el principio cardinal del estilo de redacción clara. Es esencial la empatía: ponerse en el lugar de la persona destinataria de la comunicación para identificar qué necesita saber y cómo hay que trasmitírselo para que entienda”.²²⁴

De acuerdo con la *Guía de Lenguaje Claro de Formosa* “el lenguaje claro es aquel cuyo estilo de escritura es simple, mediante la utilización de un vocabulario que permita su inmediata comprensión. En el caso específico de los poderes judiciales el lenguaje claro implica la

²²⁴ VALLE, E. M. (2023). “Lenguaje Jurídico Claro: Hacia un lenguaje comprensible y simple.” En GATTINONI, M. (coord.). *Sexto Cuaderno de Derecho Judicial Comparado*. Buenos Aires: La Ley- Universidad Austral, p. 68

redacción de los contenidos mediante un estilo que facilite la comprensión a los destinatarios del mensaje”.²²⁵

Vinculado con este tema de la empatía al destinatario del mensaje de los textos legales o judiciales, la *Guía de Lenguaje Claro de Formosa* cita una frase del libro *La peste* de Albert Camus: “Todas las desgracias de los hombres provienen de no hablar claro”.²²⁶

Esta idea de no hablar claro surge en medio de un diálogo entre dos amigos, el doctor Rieux y el periodista Tarrou. En la escena, Tarrou concluye:

Entonces he tomado el partido de hablar y obrar claramente, para ponerme en buen camino. Así que afirmo que hay plagas y víctimas, y nada más. Si diciendo esto me convierto yo también en plaga, por lo menos será contra mi voluntad. Trato de ser un asesino inocente. Ya ve usted que no es una gran ambición. (...) Claro que tiene que haber una tercera categoría: la de los verdaderos médicos, pero de éstos no se encuentran muchos porque debe ser muy difícil. Por esto decido ponerme del lado de las víctimas para evitar estragos. Entre ellas, por lo menos, puedo ir viendo cómo se llega a la tercera categoría, es decir, a la paz.

Cuando terminó, Tarrou se quedó balanceando una pierna y dando golpecitos con el pie en el suelo de la terraza. Después de un silencio, el doctor se enderezó un poco y preguntó a Tarrou si tenía una idea del camino que había que escoger para llegar a la paz: “Sí, la simpatía”.²²⁷

²²⁵ PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE FORMOSA (2020). *Guía de Lenguaje Claro de Formosa*. Disponible en: <https://www.justierradelfuego.gov.ar/wp-content/uploads/2021/08/GUIA-DE-LENGUAJE-CLARO-2020.pdf>.

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ CAMUS, A. (1947). *La peste*. Disponible en: <https://www.amdcba.org.ar/wp-content/uploads/2020/04/camus-albert-la-pestes.pdf>.

Así también Quintiliano se presenta como una persona de gran empatía al rescatar la individualidad de la audiencia reconociendo habilidades diferentes en ancianos, niños, hombres de guerra y jóvenes, por lo cual el mensaje es captado por ellos de manera distinta, lo que justifica la preocupación del autor por adecuar el lenguaje al auditorio.

VII. El lenguaje claro: asociaciones internacionales y normas internacionales que lo difunden

Es importante destacar el crecimiento de asociaciones como Plain Language Association International (PLAIN) o Clarity International.

Plain Language Association International (PLAIN) es una asociación internacional de partidarios y practicantes del lenguaje sencillo en todo el mundo. Esta red incluye miembros de más de treinta países que trabajan en una comunicación clara, al menos en quince idiomas.

Según esta asociación, “una comunicación está en un lenguaje sencillo si su redacción, estructura y diseño son tan claros que la audiencia a la que se dirige puede encontrar fácilmente lo que necesita, comprender lo que encuentra y utilizar esa información”.²²⁸

Clarity International, en tanto, fue iniciada por el abogado John Walton quien creía que la escritura legal era complicada y arcaica. Walton escribió una carta a la *Gaceta de la Sociedad Jurídica del Reino Unido* invitando a abogados y abogadas a formar parte de Clarity si compartían la misma percepción que él tenía sobre el tema. Respondieron veintiocho personas y se formó Clarity International.

²²⁸ PLAIN, *op. cit.*

En cuanto a sus actividades, esta asociación posee *The Clarity Journal*, una revista bianual, fuente principal de noticias e investigaciones en lenguaje sencillo, y la Conferencia Bienal, una oportunidad para aprender de los líderes del lenguaje sencillo, intercambiar ideas y conectarse con otros miembros de la asociación. Además, Clarity desempeña un papel clave en desarrollar un estándar internacional de documentos en lenguaje sencillo que está a cargo de la Federación Internacional de Lengua Sencilla.²²⁹

A nivel mundial, los ciudadanos han tomado conciencia de los derechos y de aquello que se puede reclamar a las instituciones unido a la exigencia de claridad en la comprensión de lo que se lee y se escucha. El crecimiento de asociaciones como Clarity International y Plain Language Association International así lo demuestra al luchar por un lenguaje claro en el mundo.

Existen normas internacionales que sirven de fundamento jurídico. Entre las normas que se destacan sobre este tema, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.1 señala:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en

²²⁹ CLARITY. Disponible en: <http://lenguajeclaroargentina.gov.ar/clarity/>.

que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.²³⁰

Por su parte, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su artículo 6 reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los tribunales en un proceso público con todas las garantías.

Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

²³⁰ NACIONES UNIDAS (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

- b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.
- c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.
- d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.
- e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.²³¹

Dichos artículos reconocen el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los tribunales en un proceso público con todas las garantías. Se busca un derecho comprensible y una tutela realmente efectiva por parte de los tribunales, para lo cual se necesita la claridad en su expresión, en especial las comunicaciones que tengan como destinatario el ciudadano.

VIII. El lenguaje claro en el marco normativo de Argentina

En Argentina existen políticas públicas y programas que buscan transformar el modo en que las leyes y los organismos públicos llegan con sus mensajes a los ciudadanos.

La dirección nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica (DNSAI) implementó a través del Ministerio de Justicia y

²³¹ CONSEJO DE EUROPA. *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Disponible en: <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/#a6>

Derechos Humanos un servicio web (<http://www.derechofacil.gob.ar>) donde se explican las principales leyes en un lenguaje claro para que la ciudadanía conozca sus derechos y obligaciones. También cuenta con un glosario jurídico en lenguaje claro elaborado por la comunidad donde se explican los significados y usos de esos términos.

En 2008 se constituyó la Red de Lenguaje Claro Argentina (<http://lenguajeclaroargentina.gob.ar>), que incluye materiales como manuales y bibliografía sobre este tema, en la que participan como miembros fundadores la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Senado de la Nación. El objetivo de la Red es fomentar en los organismos del Estado y demás instituciones públicas el uso de un estilo de redacción simple y eficiente en los documentos y actos públicos, como una forma de facilitar la comprensión y el acceso universal de todos los ciudadanos al ejercicio de sus deberes y derechos. La Red busca garantizar la transparencia de los actos de gobierno, el acceso a la información pública, el derecho a entender, el fortalecimiento de la democracia y la confianza de las instituciones. Otro hecho importante es la incorporación de la Red de Lenguaje Claro Argentina en el Plan Nacional de Anticorrupción 2019/2023 aprobado por el Decreto 258/2019. Dicho decreto menciona a la Red como una buena práctica innovadora para el fortalecimiento institucional vinculándola con las políticas de transparencia, gobierno abierto y con los objetivos fijados por el Decreto 891/2017, en el que se aprobaron las buenas prácticas en materia de simplificación para el Sector Público Nacional. También propone normas y procedimientos claros, sencillos y directos que faciliten la comprensión de los textos por parte de los ciudadanos. En su artículo 3 establece: “Las normas y regulaciones que se dicten deberán ser simples, claras, precisas y de fácil comprensión”.

La Ley 27.275 tiene como objetivo garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública, y obliga

a los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación) a brindar datos a cualquier persona que lo requiera.

Por su parte, en 2020 el Poder Ejecutivo Bonaerense promulga la Ley 15.184 para garantizar el derecho de toda la ciudadanía a comprender la información pública a través del uso de un lenguaje claro en los textos legales y formales. Esta ley cumple con el derecho a la información que no se limita a que el documento o resolución esté disponible, sino que implica que se comprenda.

Es importante mencionar la idea de incluir “sin dejar nadie atrás”, respetando la diversidad humana planteada por los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, que implican atender la accesible cognitiva de la información escrita. Así, los ODS convocan a brindar información en un lenguaje sencillo, reconociendo y apoyando la identidad cultural y lingüística específica de todas las personas.

En síntesis, el fundamento jurídico de la implementación del lenguaje claro en los organismos públicos se encuentra en las leyes 27.275 y 15.184, en el Decreto 891/17, en las políticas públicas de modernización del Estado y en los objetivos de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, que entienden que las buenas prácticas en comunicación clara conducirán a lograr una Argentina inclusiva.²³²

IX. Conclusión

Quintiliano presenta como valor de la retórica que “el primer requisito de la elocuencia es la claridad” y a la vez agrega que “cuanto más ruin sea el maestro, tanto más oscuro será en la explicación”. Pero

²³² STAIANO, *op. cit.*, p.12, p.42-46.

dicha claridad debe tener en cuenta la individualidad del destinatario del mensaje, teniendo presente las posibles carencias del mismo.

El lenguaje claro busca hacer comprensibles las palabras utilizadas en el marco del derecho y rediseñar la manera en que nos comunicamos, facilitando la comprensión de leyes y sentencias.

Quintiliano, al referirse a las reglas de la oratoria, indica: “Cosa muy fácil por cierto era la oratoria, si estuviera ceñida a unas reglas tan breves y precisas. Pero sucede que el asunto, las circunstancias y la necesidad hacen variar y mudar estas reglas. Por donde la principal regla es el tino y el juicio del orador, el que le dirá cómo y cuándo debe mudarlas”.

Si bien el lenguaje claro presenta principios y reglas para elaborar textos legales y jurídicos, no podemos apegarnos a ellas afectando el derecho de comprender que tienen los ciudadanos, en especial los que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Por tanto, los poderes del Estado ante dicha situación deberán realizar los ajustes en el lenguaje utilizando palabras y expresiones que sean acordes a la habilidad de comprensión de las personas destinatarias del mensaje.

La empatía, esa capacidad para ponerse en el lugar del otro, debe orientar a las autoridades, en especial al Poder Judicial, para evitar inequidades que afecten el derecho de entender de los individuos, asegurando la protección integral de todos sus derechos.

Quintiliano se presenta como una persona de gran empatía al rescatar la individualidad de la audiencia reconociendo habilidades diferentes en ancianos, niños, hombres de guerra y jóvenes, por lo cual el mensaje es captado por ellos de manera distinta, lo que justifica adecuar el lenguaje.

En virtud de lo expresado por Carmen García Tejera y José Antonio Hernández Guerrero,

el orador, según Quintiliano, debe ser capaz de “imaginarse” a sí mismo en la situación del oyente de “simpatizar” con él. No puede conformarse con tratar de convencerle con argumentos racionales sino que, además, ha

de emplear los recursos que exciten las emociones del oyente y lo muevan a adoptar una determinada actitud y a efectuar un coherente comportamiento.

La idea no es solo transmitir un mensaje sino que el mismo sea comprensible y logre en el receptor un comportamiento en base a la información recibida.

Así, las reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, incorporadas al ordenamiento jurídico argentino mediante Acordada 5/2009 en febrero de 2009 por la Corte Suprema de Justicia, han captado la necesidad de establecer normas que ayuden a los poderes del Estado a salvar las inequidades que sufren estas personas y evitar la desprotección de los derechos por no comprender los alcances de las leyes o comunicaciones durante un juicio.

Así, la idea inicial plasmada por Quintiliano en su obra *Institutiones oratorias* se transforma hoy en el principio rector del lenguaje claro que hace comprensible el mensaje para el receptor, prestando especial atención a las personas en condición de vulnerabilidad.

X. Bibliografía

ALONSO ROCAFORT, V. (2008). “Marco Fabio Quintiliano y la retórica democrática”. En *Utopía y Praxis Latinoamericana*. Vol. 13, Nº 43. Disponible en: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-52162008000400004.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE LA NACIÓN. *Leer nos hace libres*. Disponible en: <https://bcn.gov.ar/lectura-accesible/leer-nos-hace-libres>.

CAMUS, A (1947). *La Peste*. Disponible en: <https://www.amdcba.org.ar/wp-content/uploads/2020/04/camus-albert-la-peste.pdf>

CARRETERO GONZÁLEZ, C. (2018). “La importancia e influencia del uso del lenguaje claro en el ámbito jurídico”. En Repositorio Universidad Pontificia Comillas. Disponible en <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/25574/Cristina%20Carretero%20Pensamiento%20Penal%20doctrina46190.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

CASTRESANA UDAETA, R. (1963). *La enseñanza en la antigua Roma. Discurso inaugural del año académico 1963-1964*. Oviedo: Universidad de Oviedo.

CATALÁN, E. S. (2019). En PEREZ, J., LANNE-LENN, L., DE LOS REYES, G. y CARRETERO GONZÁLEZ, C. (coords.). *Lenguaje Claro. Comprender y hacernos entender*. Sevilla: Instituto de Lectura Fácil, p. 6 Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/17353/GUIA%20DEF%20LENGUAJE%20CLARO.PDF?sequen>.

CLARITY. Disponible en: <http://lenguajeclaroargentina.gob.ar/clarity/>.

CONSEJO DE EUROPA. *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, 4 de noviembre de 1950. Disponible en: <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/#a6>

CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA (2008). *Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>.

FEDERAL PLAIN LANGUAGE GUIDELINES. Disponible en: <https://www.plainlanguage.gov/guidelines/audience/>

FEITO TORREZ, M. V. (2023). *Mirar el lenguaje claro desde una justicia interseccional*. En *La Ley*.

GARCÍA TEJERA, M. C. y HERNÁNDEZ GUERRERO, J. A. (s/f). “Quintiliano (c.a. 35-ca. 96. d.C.)”. En *Instituto Cervantes*. Disponible en: https://www.cervantesvirtual.com/portales/retorica_y_poetica/quintiliano/.

GONZALEZ ZURRO, G. D. (2018) *Sentencias en lenguaje claro*. https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/IVONNE/POSTULANTES/ENTC-Reglamento_Princ_Publicidad_y_Comunicacion_Jud.pdf.

HIRSCHBERGER, J. (1985). *Historia de la filosofía. Tomo 1: Antigüedad, Edad Media, Renacimiento*. Barcelona: Herder, p. 535-536.

NACIONES UNIDAS (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

PLAIN ENGLISH CAMPAIGN. Disponible en: <https://www.plainenglish.co.uk/how-to-write-in-plain-english.html>

PLAIN. Plain Language Association International. Disponible en: <https://plainlanguagenetwork.org/plain-language/que-es-el-lenguaje-claro/>.

PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (2019). *Guía de Lenguaje Claro y Estilo*. Disponible en: <http://>

lenguajeclearoargentina.gob.ar/wp-content/uploads/2020/06/GUIA-DE-LENGUAJE-CLARO-Y-ESTILO.pdf.

PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE FORMOSA (2020). *Guía de Lenguaje Claro de Formosa*. Disponible en: <https://www.justierradelfuego.gov.ar/wp-content/uploads/2021/08/GUIA-DE-LENGUAJE-CLARO-2020.pdf>.

PRIETO DE PEDRO, J. (1996). “Lenguaje Jurídico y Estado de Derecho”. En *Revista de Administración Pública*, N° 140, p. 113. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17313.pdf>.

QUINTILIANO, M. F. (1799). *Instituciones Oratorias*. Disponible en: https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/fffbc2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064_42.html#I_16.

SÁNCHEZ, J. R. (1943). “Quintiliano o el buen sentido”. En *Redined*. Disponible en: <https://redined.educacion.gob.es/xmlui/bitstream/handle/11162/69529/00820073000849.pdf>

STAIANO, N. (2021). “*El lenguaje claro como garantía de una comunicación eficaz entre el Estado y la ciudadanía*”. En *Cuadernos del INAP*, Año 2, p. 16. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cuinap59.pdf>.

VALLE, E. M (2023). “Lenguaje Jurídico Claro: Hacia un lenguaje comprensible y simple”. En M. GATTINONI (coord.). *Sexto Cuaderno de Derecho Judicial Comparado*. Buenos Aires, La Ley-Universidad Austral, pp. 59-76.

El principio *nemo plus iuris*, olvidado en un decisorio²³³

Por Mirta Beatriz Álvarez²³⁴

Sumario: I. Introducción; II. El caso; III. Los argumentos del decisorio; IV. Conceptos de posesión, reivindicación y prescripción adquisitiva en la legislación argentina y las fuentes romanas citadas; V. El principio *nemo plus iuris* de Roma al CC y CCyC; VI. A modo de conclusión; VII. Bibliografía.

Palabras clave: posesión; usucapión, reivindicación; *nemo plus iuris*

²³³ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Una mirada romanista a las reglas y principios en el Código Civil y Comercial. Primera parte” que la autora dirige en UFLO Universidad.

²³⁴ Profesora Titular de Derecho Romano de las facultades de Derecho de UFLO Universidad y UBA. Investigadora categorizada en el sistema nacional. Directora del Centro de Investigaciones romanísticas de UFLO Universidad. Vicepresidenta de AIDROM. Presidenta emérita de ADRA.

I. Introducción

En el presente trabajo se comentará un fallo judicial de segunda instancia que revierte una sentencia que admitió la adquisición por usucapión y hace lugar a la reconvención por reivindicación. Ambas peticiones tienen origen en las consecuencias de una simulación ilícita.

Haremos un breve resumen del fallo para luego analizar las distintas instituciones en juego. Todo gira alrededor de la posesión.

Se analizará si la actora cumplía con los requisitos para usucapir. Por otra parte, examinaremos la decisión tomada por la Cámara para admitir la reivindicación donde recurre a un viejo plenario, pero olvida un principio conocido como *nemo plus iuris*, que se mantiene desde Ulpiano en D. 50. 17. 54 (el más significativo de varios fragmentos referidos al tema), pasando por el Código velezano (en adelante, CC), hasta el artículo 399 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC).

II. El caso²³⁵

La accionante (María Teresa Batafarano) entabló la demanda el 30/11/2020 y sostuvo que fue continuadora de la posesión (conforme lo dispuesto por el artículo 3275 del CC y que actualmente recepta el artículo 2280 del CCyC) que su fallecido marido (Benigno Domingo Marzol) iniciara sobre un inmueble ubicado en el distrito de Leandro N. Alem de la provincia de Buenos Aires, a partir de la venta efectuada por el anterior titular registral (José

²³⁵ En el fallo, además de cambios de nombres, se citan fechas diferentes del inicio del juicio.

Domingo Morón, a veces mencionado en la sentencia como “Moreno”), instrumentada mediante boleto en 1975, manteniéndola de forma ininterrumpida al tiempo de la impetración de la demanda de prescripción adquisitiva.

Lo cierto es que el marido de la actora, no obstante haber comprado por boleto, solicitó al vendedor —a los fines de ocultar su titularidad (tenía varias causas penales en su haber e infinidad de deudas) — que le escriturara directamente a su hermana (Albina Zulema Marzol de García), quien en definitiva resultó ser la demandada por usucapión (en rigor, su hijo y heredero Rubén Oscar García), quien, asimismo, reconvino por reivindicación arguyendo que, como consecuencia de la escritura pública celebrada, él era el titular dominial.

La escritura traslativa de dominio de fecha 23/01/1976 se encuentra agregada a los autos Expte. N° 47.368, “Marzol Albina Zulema c/ Batafarano, María Teresa s/ Desalojo”, que obra agregado por cuerda a las actuaciones (en la sentencia no se menciona cuándo tramitó el desalojo y qué resultado tuvo; aparentemente fue rechazado por imposibilidad de tener por acreditada la toma de posesión mediante el instituto posesorio).

La validez de la escritura no ha sido atacada por la Sra. Batafarano, lo cual resulta de toda lógica ante la expresa prohibición impuesta a las partes intervinientes del acto simulado ilícito por el artículo 959 del CC (actualmente es conforme al artículo 335 del CCyC), el que resulta claramente aplicable al caso de autos, conforme a la expresada intención de perjudicar a terceros acreedores reconocida por la Sra. Batafarano al contestar la reconvención por reivindicación.

Frente a lo narrado, la Sra. jueza de primera instancia de Junín, mediante sentencia dictada con fecha 05/07/2022, tuvo por acreditada la versión de la actora sobre los hechos y, en consecuencia, hizo lugar a la demanda, declarando la consolidación del derecho real sobre el inmueble y ordenando su inscripción a nombre de la actora y la cancelación del dominio anterior en el Registro de la Propiedad Inmueble. Lógicamente, rechazó la reconvención por

reivindicación y distribuyó las costas por el orden causado respecto de la usucapión, y se las impuso a la accionada por el rechazo de la petitoria de reivindicación.

Siendo dicho resolutorio impugnado por vía apelación por ambas partes, la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín de la Provincia de Buenos Aires,²³⁶ mediante resolución del 22/12/2022, rechaza el recurso de la actora por la distribución de las costas, pero acoge el de la demandada, y así revoca la sentencia impugnada rechazando la prescripción adquisitiva y admitiendo la petitoria de reivindicación, con costas.

Es menester señalar que tanto la jueza de primera instancia como la Cámara coincidieron en considerar aplicable al caso de autos el régimen del Código Civil, al resultar la norma vigente al momento en que acaecieran los acontecimientos en que la accionante sustenta su pretensión (conforme artículo 7 del CCyC).

De todas formas, como indicaremos al consignar los artículos del CCyC, no hubiera habido mayores cambios en el enfoque, pues la normativa en cuestión prácticamente se replica en el Código actual.

III. Los argumentos del decisorio

Los argumentos de la Cámara para así decidir, conforme los sintetiza Caggiano (2023),²³⁷ son los siguientes:

²³⁶ Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín (CCyC Junín). Fecha: 22/12/2022. Partes: Batafarano, María Teresa c. Marzol, Albina Zulema s/ sucesión heredero García, Rubén Oscar s/ prescripción adquisitiva larga. Publicado en: RCCyC 2023 (agosto), 269, con nota de Oscar Pablo Caggiano; Cita: TR LALEY AR/JUR/188360/2022.

²³⁷ CAGGIANO, O. (2023). "A propósito de un fallo: en búsqueda del verdadero legal

1) La accionante no ha logrado acreditar su condición de poseedora, y aún en el supuesto de que se la pudiera tener por acreditada, no ha logrado probar que ésta haya sido pública durante el término de 20 años requerido para el éxito de la acción.

Dada la trascendencia económico-social del instituto de la usucapición, cabe tener en cuenta que la prueba de los hechos en los que se funda debe ser concluyente y que la carga probatoria de la posesión recae sobre el actor, al que le resultan aplicables las reglas generales del *onus probandi*, en tanto la usucapición supone el apoderamiento de la cosa con ánimo de dueño.

Para el progreso de la acción, el accionante debe acreditar: a) que ha poseído el inmueble usucapido con ánimo de dueño; b) que la posesión ha sido pública, pacífica, continua e ininterrumpida; y c) que la posesión, con todos esos caracteres, ha durado el tiempo exigido por la ley.

2) Si bien el esposo de la actora habría comenzado a detentar el inmueble en calidad de poseedor desde la adquisición por boleto, lo cierto es que, a partir de la reconocida petición efectuada al vendedor de escriturar el inmueble a nombre de su hermana, intervirtió el título en virtud del cual detentaba la cosa, para comenzar a ser un mero tenedor (conforme artículo 2353 del CC y receptado en los artículos 1915 y 1929 del CCyC).

No se comporta como verdadero propietario de la cosa quien en forma deliberada peticiona al anterior titular registral que instrumenta una compraventa a nombre de otra persona a la que califica de testafarro, con miras a ocultar su titularidad.

3) Mal podría reconocérsele el ánimo de dueño a quien admite haber efectuado una maniobra en miras a ocultar su condición de titular frente a terceros interesados cuyos intereses también deben

sentido de posesión pública para usucapir.' En *Revista Código Civil y Comercial*, Año IX, N° 4, p. 276.

ser tutelados en el proceso (conforme artículo 2351 y cc. del CC y artículo 1909 del CCyC).

“Una posesión a título de dueño, y consiguientemente hábil para usucapir, puede perder ese carácter ante un acto de reconocimiento hecho por el propio poseedor en favor de otra persona, acto éste que lo convierte en tenedor (artículo 2462, inciso 6°, del CC –actual artículo 1910 del CCyC–), operando de esta forma la interrupción de la prescripción” (Areán, *Juicio de Usucapión*, p. 109/10).

El reconocido ocultamiento de la condición de propietario frente a los acreedores que el pretense poseedor tenía, amparándose en la titularidad de la hermana, resulta un claro acto no solo contrario a la buena fe (artículo 1198 del CC y artículo 961 del CCyC), sino también a la condición de poseedor invocada, que presupone el ánimo de comportarse como el verdadero propietario de la cosa frente a terceros, sin reconocer ningún derecho ajeno sobre la cosa que se posee.

4) Asimismo, la actora en ningún momento invocó un acto ulterior a la escrituración por el que se intervirtiera el título de mero tenedor de su marido, resultando a todas luces insuficientes en este sentido –sostiene la Cámara– los actos posesorios enunciados en la demanda (pago de impuestos y servicios y mejoras realizadas en el inmueble), los que de modo alguno implicarían un alzamiento frente a quien la propia accionante reconociera la titularidad dominial en condición de “testaferra”. Se ha admitido en autos haber realizado una simulación ilícita por interposición de persona, con ánimo de perjudicar a los eventuales acreedores del Sr. Marzol.

5) Aun si se pudiera calificar la detentación material de la actora como posesión, la solución sería la misma por no revestir la mentada posesión el carácter público requerido para el progreso de la acción. Esto es así porque la actora misma reconoce en su demanda la maniobra simulatoria de Marzol para encubrir el carácter de propietario frente a los acreedores, amparándose en la titularidad de la hermana, resultando ello no solo contrario a la buena fe, sino también a la condición de poseedor invocada.

Es que dada la naturaleza *erga omnes* del derecho que se pretende adquirir, la publicidad de la posesión debe extenderse no solo al titular registral, sino también a cualquier tercero interesado que podría verse perjudicado por la reconocida maniobra simulatoria.

Este criterio absoluto o *erga omnes*, que apareció más tarde en escena exigiendo que la posesión pública para usucapir deba serlo frente a todos y no solo para el propietario desposeído, es el que finalmente ha consagrado el CCyC en su artículo 1900 al hablar de posesión “ostensible”.

6) Finalmente, la Cámara declara procedente la acción reivindicatoria opuesta por el camino de la reconvencción, fundando el aserto en el famoso fallo plenario “Arcadini c. Maleca” del año 1958.²³⁸

La reivindicación es una acción que nace de todo derecho real que se ejerce por la posesión, cuando su titular ha sido privado absolutamente de ella, por lo que exige de aquel que se encuentra en la posesión de la cosa, se la restituya con todos sus accesorios (conf. SCBA, Ac. 68.604, sent. del 16/02/2000).

El ejercicio de la acción reivindicatoria requiere justificar, por un lado, el título que da derecho sobre la cosa, por otro, la pérdida de la posesión y posesión actual del reivindicado, y finalmente, que la cosa que se reivindica sea susceptible de ser poseída (conf. SCBA AC 98552, sentencia del 16/03/2011, sumario JUBA B3900156).

El plenario “Arcadini c. Maleca” es un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal de fecha 11 de noviembre de 1958 que contiene varias citas al derecho romano. Entre ellas, el plenario cita una Constitución de Diocleciano y Maximiano del año 293 (C. 2. 3. 20): “*traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*” (“el dominio de las cosas se transfiere por la tradición y la usucapión, y no por nudos pactos”).

²³⁸ AR/JUR/6/1958 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno. Arcadini, Roque (suc) c. Maleca, Carlos.

Con votos de los doctores Cichero y Llambías se estableció en el referido plenario que el comprador de un inmueble, a quien se le ha otorgado la pertinente escritura traslativa de dominio, puede, aun antes de la tradición de la cosa, ejercer la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor de la misma.

El fundamento de esta decisión radica en que según el artículo 3268 del CC, el sucesor particular puede pretender aquellos derechos de su autor que deban ser considerados como un accesorio del objeto adquirido (no hay un artículo similar en el CCyC).

La acción reivindicatoria es, sin duda, un accesorio del inmueble cuya transmisión intentan realizar las partes del contrato de compraventa, por cuya razón debe entenderse que ha sido transmitida por el vendedor al comprador.

Tal cesión de la reivindicación, por el efecto de la compraventa realizada, resulta corroborada por el artículo 1409 del CC (actualmente artículo 1137 del CCyC) que obliga a la entrega de todos los accesorios de la cosa vendida, entre los cuales están comprendidos, analógicamente, los medios jurídicos enderezados a la defensa del derecho que se transmite.

Aunque al reivindicante no le hubiese sido transmitida en ningún momento la posesión de la cosa, a los efectos de la reivindicación, tal circunstancia es irrelevante y nada debe probar en ese sentido, por cuanto, en virtud de la cesibilidad de la acción (art. 1444 y notas de los artículos 1445 y 2109 CC y en la actualidad, artículo 1616 CCyC), se la considera tácitamente cedida en cada acto de enajenación que compone la cadena, sin requerirse para ello la tradición. Le basta al accionante probar —por medio de presunciones— que uno de los adquirentes intervinientes en las sucesivas enajenaciones era poseedor y propietario, y, por consiguiente, que podía reivindicar, para así, a nombre propio, en calidad de cesionario, hacer suyo el derecho de ejercer la acción que competía a ese antecesor (Kiper, *Derechos Reales*, T. 2, p. 593 y ss.; *Código Civil*, Rubinzal-Culzoni).

En el plenario se afirmó el criterio de que “en toda compraventa (lo que puede extenderse a la permuta, donación, etc.) se realiza una ‘cesión tácita o implícita’ de la acción reivindicatoria”.

Por tales motivos, el decisorio de Cámara sostiene que “siendo que en estos autos no está discutida la posesión del enajenante Morón, ninguna duda cabe respecto a la legitimación del demandado reconviniente para incoar la acción reivindicatoria intentada” (conforme artículo 1444 y notas de los artículos 1445 y 2109 del CC y actualmente artículo 1616 del CCyC).

Veremos si ello es así, al tratar las conclusiones.

IV. Conceptos de posesión, reivindicación y prescripción adquisitiva en la legislación argentina y las fuentes romanas citadas

Es menester aclarar que el concepto de posesión en Roma fue variando en las distintas etapas históricas. Un artículo del profesor Norberto Rinaldi (1994)²³⁹ se dedica a analizar los aportes de diversos romanistas argentinos sobre el tema. También hay un pequeño pero meduloso trabajo publicado de Mario César Russomano (1964)²⁴⁰ sobre el tema.

En la compilación justiniana encontramos un fragmento atribuido a Paulo en D. 41. 2. 3. 1 que habría inspirado la concepción de Savigny sobre la posesión, que receptaba el Código velezano en el

²³⁹ RINALDI, N., (1994). “La posesión. Contribuciones argentinas a una centenaria cuestión”. En *Revista Vocatio ad Iustitiam*, abril de 1994, pp.161-166.

²⁴⁰ RUSSOMANO, M. (1964). *La posesión en el Derecho Romano*. Buenos Aires: Ediciones Esnaola.

artículo 2351²⁴¹ que contenía una nota muy extensa con citas del Digesto y la Partida 3°. El concepto de posesión se replica en el artículo 1909 del CCyC.²⁴²

Con respecto a la reivindicación, se encontraba definida en el artículo 2758²⁴³ del CC (el codificador en la nota citaba a *Institutas*, 4, 6. 2, entre otras fuentes, como Pothier y Molitor) y actualmente en el mismo sentido la define el artículo 2248²⁴⁴ del CCyC.

La prescripción adquisitiva se encontraba definida en los artículos 3999 (breve) y 4015 (larga) del CC. Vélez²⁴⁵ mencionaba en sus notas a la Novela 119, Cap. 7, la Partida 3°, a los doctrinarios franceses Troplong, Zachariae, Pothier y los Códigos francés, napolitano,

²⁴¹ Artículo 2351. Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad.

²⁴² Artículo 1909. Posesión. Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no.

²⁴³ Artículo 2758. La acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión, la reclama y la reivindica, contra aquel que se encuentra en posesión de ella.

²⁴⁴ Artículo 2248. Finalidad de las acciones reales y lesión que las habilita. La acción reivindicatoria tiene por finalidad defender la existencia del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante actos que producen el desapoderamiento.

²⁴⁵ Artículo 3999. El que adquiere un inmueble con buena fe y justo título prescribe la propiedad por la posesión continua de diez años, si el verdadero propietario habita en la provincia donde el inmueble está situado, y por veinte años si está domiciliado fuera de ella; Artículo 4015. Prescribese también la propiedad de cosa inmuebles y los demás derechos reales, por la posesión continua de treinta años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y de buena fe de parte del poseedor, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo lo dispuesto respecto a las servidumbres, para cuya prescripción se necesita título.

holandés y de Louisiana. Esos artículos fueron modificados por Ley 17.711.²⁴⁶

Actualmente, la prescripción adquisitiva se encuentra regulada respectivamente en los artículos 1898 y 1899 del CCyC.²⁴⁷

Es menester resaltar que si bien en muchos casos el CCyC ha modificado la terminología (patria potestad, tenencia, visitas, especificación, pacto comisorio, entre otros), en estos supuestos mantiene las denominaciones romanas.

Como ya hemos indicado anteriormente, para el progreso de la acción de usucapión el accionante debe acreditar: a) que ha poseído el inmueble con ánimo de dueño; b) que la posesión ha sido pública, pacífica, continua e ininterrumpida; y c) que la posesión, con todos esos caracteres, ha durado el tiempo exigido por la ley.

En el caso analizado, la posesión no ha sido pública sino clandestina.

²⁴⁶ Artículo 3999, ref. Ley 17.711. El que adquiere un inmueble con buena fe y justo título prescribe la propiedad por la posesión continua de diez años; Artículo 4015, ref. Ley 17.711. Prescribese también la propiedad de cosa inmuebles y los demás derechos reales, por la posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y buena fe por parte del poseedor, salvo lo dispuesto respecto de las servidumbres para cuya prescripción se necesita título.

²⁴⁷ Artículo 1898. Prescripción adquisitiva breve. La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años. Si la cosa es mueble hurtada o perdida el plazo es de dos años. Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título; Artículo 1899. Prescripción adquisitiva larga. Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años. No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión. También adquiere el derecho real el que posee durante diez años una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida, que no inscribe a su nombre pero la recibe del titular registral o de su cesionario sucesivo, siempre que los elementos identificatorios que se prevén en el respectivo régimen especial sean coincidentes.

Como indica Caggiano,²⁴⁸ ya los romanos previeron el interdicto de *clandestina possessionis* a los efectos de reclamar una posesión jurídica que se hubo perdida por un acto ilegal consistente en la aprehensión ocultada a otro porque se temía su oposición, es decir, exigía los mismos requisitos que el interdicto *de vi*, pero con la diferencia de que el vicio no consistía en la violencia sino en la clandestinidad.

Sin embargo, Alba Crespo (1993) sostiene que este interdicto, del que solo se ocupa un pasaje del Digesto (10. 3. 7. 5), es de existencia muy dudosa, ya que la obtención subrepticia y clandestina no importaba *per se* y sin más la adquisición de la posesión, sino que era menester impedir de hecho el ingreso del poseedor (D. 41. 2. 6. 1).²⁴⁹

V. El principio *nemo plus iuris de Roma al CC y CCyC*

Con el título “*Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (D. 50, 17. 54). Recepción de este principio en la legislación argentina” publicamos un artículo en *Iustel. Revista General de Derecho Romano*, N° 7, Madrid, 2006, que ampliamos y actualizamos para exponer en 2023 en el II Seminario de Derecho Romano en la Universidad del Externado de Colombia, en cuya editorial se encuentra en revisión la nueva versión.

Schulz (1960)²⁵⁰ afirma:

Ya hemos referido antes a la decidida protección otorgada por los romanos a los derechos investidos en una persona (en este caso, el verdadero propietario). Los autores propenden a expresar este principio, mediante

²⁴⁸ CAGGIANO, *op. cit.*

²⁴⁹ ALBA CRESPO, J. J. (1993). *Derecho Romano II*. Córdoba: Sudacor, p. 163 y ss.

²⁵⁰ SCHULZ, F. (1960). *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch, p. 337.

la conocida máxima “*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*” (los juristas ingleses prefieren la fórmula *nemo dat quod non habet*), pero esta máxima se presta a confusión y es además de origen postclásico. En realidad, los juristas clásicos no conocieron esta máxima, como demuestra claramente Gayo, 2, 62-4. La hallamos enunciada en Justiniano, D. 50. 17. 54.

De la consulta de la Palingenesia²⁵¹ surge que el Libro XLVI de los “Comentarios al Edicto” de Ulpiano se titula “*De bonorum possessionibus: si tabulae testamenti nullae extabunt*”, y el pasaje se encuentra enunciado sin alteraciones, al finalizar la rúbrica *Unde legitimi* bajo el número 1200. Este número tiene una nota al pie, “*Possunt haec ad iniurecessionem hereditatis referrí*”, que Schulz²⁵² utiliza para sugerir el supuesto con respecto al cual Ulpiano posiblemente estableció la regla, que según el autor citado los compiladores transformaron en una máxima general.

El establecimiento del principio general que el Digesto le adjudica a Ulpiano en D. 50. 17. 54 resulta imprescindible para echar por

²⁵¹ LENEL, O. (2000). *Palingenesia Iuris Civilis. Vol. Alterum II*. Roma: Il Cigno Galileo Galilei, p. 722.

²⁵² SCHULZ, *op. cit.*, p. 337: “El texto (de Ulpiano) probablemente pertenece a la rúbrica *Unde legitimi*. Un *heres legitimus* podía realizar una *in iure cessio hereditatis* sin haber adquirido la herencia mediante la correspondiente *aditio hereditatis* (Gayo, 2, 35). Con relación a este supuesto, Ulpiano probablemente estableció: ‘*Heres non plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet si hereditatem adisset*’. Los compiladores transformaron las palabras de Ulpiano en una máxima general, pero olvidaron escribir *habet* en vez de *haberet*. La misma regla aparece de forma levemente diferente en D. 41. 1. 20 pr. Todo el texto parece apócrifo”. El autor no prevé los casos en que un no propietario, podía transmitir la propiedad. En el mismo sentido, DI PIETRO, A. (1996). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 126, b) 1, en el acápite 238 referido a la *Traditio*.

tierra cualquier excepción que no surja expresa y taxativamente de la voluntad del legislador.

Entre las conclusiones más destacadas en el mencionado artículo, se encuentran las siguientes:

- 1) El *nemo plus iuris* es aplicable tanto a las transmisiones *inter vivos* como *mortis causa*.
- 2) Por la diversidad de fuentes utilizadas por el codificador Vélez Sarsfield, el principio de *nemo plus iuris* aparecía limitado en ciertos casos, pues se daba prioridad a la seguridad jurídica dinámica que derivaba de la apariencia.
- 3) El artículo 399 del CCyC mantiene el mismo principio del *nemo plus iuris* aunque en muchos supuestos se protege a los terceros subadquirentes de buena fe a título oneroso de un derecho aparente.
- 4) Debería establecerse que todos los principios generales del derecho no tienen la misma jerarquía.

Como señala Llambías (1998),²⁵³

porque el principio inserto en el artículo 3270 del CC (y mantenido en el artículo 399 del CCyC) prácticamente tiene una necesidad lógica, es de obvia fundamentación jurídica, al plantearse el tema de una manera metódica, hay que referirse al porqué de las excepciones, o sea, a la explicación de la eficacia de la transmisión de un derecho por quien no es titular del mismo.

²⁵³ LLAMBÍAS, J. J. y MÉNDEZ COSTA, M. J. (1998). *Código Civil Anotado. Doctrina- Jurisprudencia*. Tomo V-A. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p 29.

VI. A modo de conclusión

1) Concordamos con el rechazo de la demanda porque la posesión no ha sido pública, justamente porque no ha sido *erga omnes* en razón de la admitida simulación. La escritura se realizó a nombre de la hermana para ocultar el bien a los acreedores del Sr. Marzol. El artículo 1900 del CCyC señala que la posesión exigible para prescribir debe ser ostensible y continua con lo que en el actual régimen no habría dudas al respecto. El CCyC nada dice respecto a que la posesión deba ser pacífica.

2) Entendemos que tampoco podría haberse hecho lugar a la reivindicación, porque en este caso no podría aplicarse el plenario citado por la Cámara (que además corresponde a otra jurisdicción), pues el peticionante no podía continuar la posesión del Sr. Morón, por cuanto éste había entregado la posesión a Marzol con el pago del precio y la firma del boleto. Luego de la entrega a Marzol, y aplicando el principio *nemo plus iuris*, el Sr. Morón no podría haber transmitido la posesión con la escritura a la hermana de Marzol, sencillamente porque ya no la tenía.

3) Sostenemos que la Cámara debió rechazar ambas pretensiones, ya que ambos contendientes obraron de mala fe. Conceder la usucapión sería favorecer a quien habiendo admitido una simulación, lograría por esta vía el reconocimiento de su derecho de dominio. Del mismo modo, admitir la reivindicatoria sería premiar a quien, al ser partícipe y cómplice de la maniobra de ocultación, también obró de mala fe.

VII. Bibliografía

ALBA CRESPO, J. J. (1993). *Derecho Romano II*. Córdoba: Suddecor.

ÁLVAREZ, M. B. (2006). “*Nemo plus iuris ad alium tranferre potest, quam ipse haberet* (d. 50, 17. 54). Recepción de este principio en la legislación argentina”. En *Iustel. Revista General de Derecho Romano*, N° 7, Madrid.

CAGGIANO, O. (2023). “A propósito de un fallo: en búsqueda del verdadero legal sentido de posesión pública para usucapir”. En *Revista Código Civil y Comercial*, Año IX, N° 4, p. 276.

DI PIETRO, A. (1996). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma,.

LENEL, O. (2000). *Palingenesia Iuris Civilis. Vol. Alterum II*. Roma: Il Cigno Galileo Galilei.

LLAMBÍAS, J. J. y MÉNDEZ COSTA, M. J. (1998). *Código Civil Anotado. Doctrina- Jurisprudencia*. Tomo V-A. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

RINALDI, N., (1994). “La posesión. Contribuciones argentinas a una centenaria cuestión”. En *Revista Vocatio ad Iustitiam*, abril de 1994.

SHULZ, F. (1960). *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch.

Fallos

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín (CCivComJunin) Fecha: 22/12/2022. Partes: Batafarano, María Teresa c. Marzol, Albina Zulema s/ sucesión heredero García, Rubén Oscar s/ prescripción adquisitiva larga. Publicado en: RCCyC 2023 (agosto), 269, con nota de Oscar Pablo Caggiano; Cita: TR LALEY AR/JUR/188360/2022.

AR/JUR/6/1958 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno. Arcadini, Roque (suc) c. Maleca, Carlos.

La responsabilidad por daños causados por animales (cuadrúpedos) en el derecho romano justiniano: ¿en qué supuestos no responde el dueño?

Por Christian Fabrizio Basaldúa Chíncha²⁵⁴

²⁵⁴ Abogado con mención sobresaliente (*summa cum laude*) por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a Magíster en Derecho Civil por la Escuela de Posgrado de la misma universidad. Adjunto de Docencia de los cursos de Obligaciones y Responsabilidad Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Jefe de Práctica de los cursos de Derecho Civil VI: Obligaciones, Derecho Civil VII: Contratos (Parte General) y Derecho Civil XI: Responsabilidad Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Asociado del Estudio Fernández & Vargas Abogados.

Agradezco a la profesora Elvira Méndez Chang por sus enseñanzas en el curso de Derecho Romano, dictado en la Maestría de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú durante el ciclo 2023-1, las cuales fueron indispensables para la realización de este trabajo.

Resumen

En el presente trabajo se analizan las hipótesis del derecho romano justiniano en donde el dueño de un animal (cuadrúpedo) no responde por los daños que éste cause (D. 9. 1. 1. 4; D. 9. 1. 1. 5; D. 9. 1. 1. 6; D. 9. 1. 1. 7; D. 9. 1. 1. 10) y sostiene que, fundamentalmente, ello ocurre cuando se produzca la intervención de algún factor externo al animal (causa extraña). En esos casos, no resulta de aplicación la *actio de pauperie*, sino que se permite reclamar contra quien intervino en la producción del daño (no el dueño del animal) bajo la *Lex Aquilia*. También se comenta brevemente el caso especial de los daños causados por las fieras.

Palabras clave: responsabilidad civil; animales; derecho romano justiniano

I. Introducción

Una de las hipótesis poco abordadas por la doctrina en materia de responsabilidad civil es la responsabilidad derivada de daños causados por animales. Puntualmente, ¿qué ocurre cuando un animal golpea o lesiona a una persona? ¿Quién debe hacerse responsable ante dicha circunstancia? ¿El dueño del animal?

Si actualmente se presentara un problema con dichas características en el Perú, la respuesta estaría dada por el artículo 1979 del Código Civil peruano, que justamente regula la responsabilidad objetiva del dueño del animal (o de quien lo custodia) por los hechos que éste cause, responsabilidad que no resulta de aplicación cuando el evento fue provocado por un tercero.

Sin embargo, para efectos de este trabajo, el contexto que será analizado no es el del derecho moderno, sino que nos interesa estudiar

cómo se resolvían este tipo de situaciones en el derecho romano. Y, más específicamente, en el derecho romano justinianeo, es decir, a la luz de las fuentes contenidas en el *Corpus Iuris Civilis* (básicamente, el Digesto y las Instituciones de Justiniano).

Enmarcada la discusión en el contexto del derecho romano justinianeo, veremos más adelante que las fuentes del *Corpus Iuris Civilis* contienen efectivamente cierta regulación sobre esta materia, pues se contemplan varios escenarios en los cuales el dueño de un animal cuadrúpedo responde por los daños que dicho animal cause (con base en la denominada *actio de pauperie*).

Frente a dicha situación, nos planteamos la siguiente pregunta de investigación: en el derecho romano justinianeo, ¿en qué supuestos no responde el dueño del animal (cuadrúpedo) por los daños causados por éste?

En efecto, ¿cuáles son los límites a la responsabilidad del dueño del animal cuadrúpedo? ¿Puede ocurrir que quien sea responsable sea otro sujeto, distinto al dueño? ¿Qué debe suceder en los hechos para que el dueño no responda?

Adelantando nuestra respuesta a dicho problema jurídico, manifestamos desde ya lo siguiente: en el derecho romano justinianeo, los supuestos en los cuales el dueño del animal cuadrúpedo no responde son básicamente:

1. Cuando la mula echa la carga sobre alguien por lo malo del lugar, por la culpa del mulero o por haber cargado más de lo justo (D. 9. 1. 1. 4).
2. Cuando un perro se ha escapado por su indocilidad y ha causado daño a alguien, habiendo podido ser contenido por otra persona con más firmeza, o conducido por otro lugar (D. 9. 1. 1. 5).
3. Cuando ha habido hostigamiento al animal, causado por otro sujeto (D. 9. 1. 1. 6).

4. Cuando el caballo coceador es incitado por un dolor causado por golpe o herida de un sujeto (D. 9. 1. 1. 7).
5. Cuando un oso (fiera) huye y ocasiona un daño (D. 9. 1. 1. 10).

Si queremos hacer un ejercicio inductivo para, a partir de estos supuestos, establecer una regla general, podemos afirmar que, fundamentalmente, el dueño del animal cuadrúpedo no responderá cuando se produzca la intervención de algún factor externo al animal, es decir, una causa extraña, que puede, por ejemplo, ser imputable a un sujeto distinto al dueño.

En este tipo de escenarios no resulta de aplicación la *actio de pauperie*, sino que se permite reclamar contra un sujeto distinto al dueño del animal bajo la *Lex Aquilia*, por haber intervenido en la producción del daño.

Un caso especial es el de los daños causados por las fieras, los cuales, como veremos más adelante, tampoco darán lugar a la responsabilidad del dueño vía *actio de pauperie*.

En este trabajo vamos a desarrollar los fundamentos de la posición que acabamos de manifestar, con base en las fuentes del *Corpus Iuris Civilis*, y procurando incorporar opiniones y comentarios de doctrina especializada sobre la materia.

Pero, evidentemente, antes de analizar los supuestos concretos en los cuales el dueño del animal cuadrúpedo no responde, vamos a abordar brevemente algunos aspectos generales sobre la responsabilidad civil en el derecho romano justinianeo (bajo la *Lex Aquilia*) y, más específicamente, sobre la responsabilidad por daños causados por animales (bajo la *actio de pauperie*).

II. Apuntes generales sobre la responsabilidad por daños causados por animales en el derecho romano justiniano

Antes de enfocarnos en la *actio de pauperie* como mecanismo que se reconoce a las víctimas de daños causados por animales para reclamar contra sus dueños, consideramos importante desarrollar muy brevemente algunas nociones básicas sobre la *Lex Aquilia*.

II. 1. La *Lex Aquilia*

La *Lex Aquilia* representa (junto con el *furtum*, la *rapina* y la *iniuria*) uno de los cuatro delitos privados que se contemplaban en el derecho romano justiniano.²⁵⁵

Como se reconoce normalmente, la *Lex Aquilia* contemplaba varias hipótesis en que un sujeto se veía obligado a asumir responsabilidad frente al daño causado a otro.

Según explica Schipani (1969), para delimitar las conductas concretas que daban lugar a la aplicación de la *Lex Aquilia* se utilizaban ciertos verbos: *occidere*, *urere*, *frangere*, *rumpere*, los cuales eran presentados como una precisión que buscaba delimitar conceptualmente la noción de *damnum faxit*. De esta manera, a través de dichos verbos, se individualizaba el tipo de lesión relevante para la aplicación de la sanción prevista en la *Lex Aquilia*.²⁵⁶

²⁵⁵ MÉNDEZ, E. (2019). *Introducción al Derecho Romano*. Colección Lo Esencial del Derecho N° 44. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 173-176.

²⁵⁶ SCHIPANI, S. (1969). “Capitolo I: Analisi del testo della Lex Aquilia”. En *Responsabilità “ex lege Aquilia”: Criteri di Imputazione e problema della “culpa”*. Torino: Giappichelli Editore, pp. 46-47.

Ahora bien, para la aplicación de una acción bajo la *Lex Aquilia* se requería la concurrencia de ciertos requisitos. La doctrina normalmente reconoce como sus elementos integrantes a: 1) el *damnum* (daño); 2) la culpa, 3) el nexo de causalidad; y 4) la *iniuria*.²⁵⁷ Dichos elementos han sido corroborados recientemente por una autorizada doctrina nacional.²⁵⁸

Según explica Sánchez Hernández (2018), la doctrina romanista mayoritaria desde el siglo XIX hasta la más contemporánea suele entender a la *iniuria* como la ausencia de una causa de justificación.²⁵⁹ En suma, como la necesidad de que la conducta sea contraria a derecho (injusta).

Es en particular este último requisito el que interesa destacar para efectos de este trabajo, pues, como veremos más adelante, en las hipótesis de daños causados por animales, en la medida en que dichos seres vivos carecen de razón, no es posible considerar que pueden cometer daños con *iniuria*.

II. 2. *La actio de pauperie*

Cuando hablamos de la responsabilidad del dueño por daños causados por los animales es inevitable hablar de la *actio de pauperie*.

²⁵⁷ ROSSI, B. (1951). *La Lex Aquilia y la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Romano y su proyección en el Derecho Civil Uruguayo*. República Oriental del Uruguay: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo. Sección III, p. 201.

²⁵⁸ MÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 174-175.

²⁵⁹ SÁNCHEZ, L. (2018). “La *Lex Aquilia*: la estructura del *dammum iniuria datum* y su evolución a través de la *interpretatio prudentium* y la actividad pretoria.” En *Themis*, N° 73, p. 179. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/20898>

La *actio de pauperie* consistía básicamente en una acción que se entablaba contra el dueño de un animal cuadrúpedo, según la cual el dueño asumía responsabilidad por los daños causados por aquel y, en virtud de ello, podía quedar obligado a: 1) pagar la indemnización correspondiente; o, 2) entregar el animal a la víctima.

En efecto, si vamos a las fuentes del *Corpus Iuris Civilis* veremos que en el Digesto se explica que cuando “un cuadrúpedo había causado un daño, derivase una acción de la ley de las Doce Tablas; cuya ley quiso o que se diese lo que causó el perjuicio, esto es, el animal que hizo el daño, o que se ofreciese el importe del daño” (D. 9. 1. 1) (el subrayado es nuestro).

De manera similar, en las Instituciones se señala lo siguiente:

De si se dijese que un cuadrúpedo había causado daño. Respecto de los animales, que carecen de razón, si verdaderamente hubieren causado un daño por lascivia, o por logosidad, o por ferocidad, se estableció una acción noxal por la ley de las Doce Tablas; cuyos animales, si fuesen entregados en noxa, sirven al demandado para su liberación, porque así está escrita la Ley de las Doce Tablas (...) (I. 4. 9. pr.) (el subrayado es nuestro).

En cuanto a lo indicado en ambos pasajes, nos permitimos hacer tres comentarios:

Comentario 1

Nótese que en ambas secciones se hace referencia a la Ley de las Doce Tablas, como cuerpo normativo que regulaba originalmente a la *actio de pauperie*.

Sobre este punto en particular, en el Digesto se explica que la *Lex Aquilia* derogó todas las leyes que trataban anteriormente el daño con injuria, como la Ley de las Doce Tablas (D. 9. 2. 1). No obstante, según precisa la doctrina, la *Lex Aquilia* dejó en vigencia

algunas acciones privadas, y una de éstas era precisamente la *actio de pauperie*.²⁶⁰

Comentario 2

Nótese que tanto el Digesto como las Instituciones regulan la *actio de pauperie* partiendo de la premisa de que el animal que causa el daño es un “cuadrúpedo”.²⁶¹

Sobre el particular, se ha dicho que, según la propia redacción de la hipótesis básica de la *actio de pauperie*, aparentemente la misma restringiría su alcance a solamente los daños causados por animales cuadrúpedos.²⁶² De hecho, a ello abonaría otro pasaje del Digesto, en donde, al referirse a la *actio de pauperie*, se dice que esa acción “corresponde respecto a todos los cuadrúpedos” (D. 9. 1. 1. 2).

²⁶⁰ MARLASCA, O. (1999). "La Responsabilidad de los daños causados por animales en las personas en los textos romanos y en Códigos medievales españoles". En *Estudios de Deusto*, Vol. 47, N° 2, p. 127. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=941763>.

²⁶¹ De hecho, si revisamos la definición de *actio de pauperie* en el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Romano* de Adolf Berger, veremos que se define literalmente a dicha acción como aquella que se ejerce frente a daños causados por animales domésticos de cuatro patas (cuadrúpedos). Véase BERGER, A. (1953). "Transactions of the American Philosophical Society. Encyclopedic Dictionary of Roman Law". En *The American Philosophical Society*, Vol. 43, N° 2, p. 342.

²⁶² ROSSO, G. (2016). "Capítulo Tercero: Daño causado por el hecho de los animales: la *actio de pauperie* y el edicto de *feris*". En *Los Límites de la Responsabilidad Objetiva. Análisis en el ámbito de la Responsabilidad Extracontractual desde el Derecho Romano hasta el Derecho Civil Latinoamericano Moderno*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 86. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4252/14.pdf>

Sin embargo, debemos advertir que otra sección del mismo Digesto pareciera dejar abierta la posibilidad de que la *actio de pauperie* pueda ser entablada frente a daños causados por otro tipo de animales, que no necesariamente sean cuadrúpedos.

Así, se precisa que “compete esta acción útil, también si no un cuadrúpedo, sino otro animal, causó el daño” (D. 9. 1. 4).

Frente a esta aparente contradicción presente en el propio Digesto, Rosso Elorriaga (2016) nos propone una lectura que busca dar sentido armónico para entender los alcances de la *actio de pauperie*:

Sin embargo, el concepto de “cuadrúpedo” no da cuenta de la significación de la palabra en cuanto tal, sino de un sentido práctico que fue acogido en la ley decenviral. La intención no fue “limitar” los animales causantes de daños solo a aquellos que tuviesen cuatro pies, sino que de forma sencilla “no habían otros” a la época que provocaron *pauperie*. La *actio* en estudio se configuró a partir de la realidad del siglo V a. C. y de acuerdo al problema que a través de ella se intentaba solucionar. Los animales que quizá podían causar los daños que la acción pretendía sancionar solo eran “cuadrúpedos”²⁶³ (el subrayado es nuestro).

Siguiendo esta línea, entonces, la noción de “cuadrúpedo” que aparece en el Digesto no debe entenderse de manera formalista, pues no se pretendía establecer una restricción respecto de los daños que podían dar lugar a la *actio de pauperie*, en razón del número de patas que tenía el animal. Si se hizo mención a la palabra “cuadrúpedo” fue porque, fundamentalmente, esos eran los animales que causaban daños.

Ahora bien, el referido autor reconoce luego que al momento de dictarse la Ley de las Doce Tablas existían diversos tipos de aves (por ejemplo, gallinas), es decir, animales bípedos. No obstante, o estas aves eran “salvajes” (lo cual, como veremos más adelante,

²⁶³ *Ibidem*, p. 85, Nota a pie de página 214.

descartaba en principio la aplicación de la *actio de pauperie*) o no causaban ningún daño relevante. Lo que habría sido tomado en cuenta por el legislador de ese entonces fue que se producían daños por animales que formaban parte de la realidad social de la época, como ovejas, bovinos, cerdos, caballos, asnos, mulas, cabras, etc.²⁶⁴

En palabras de Rosso Elorriaga, esos eran justamente los animales que tenían contacto con los hombres y que provocaban daños (sea espontáneamente o por ser incitados por sus propietarios o terceros). Y, curiosamente, todos esos animales eran “cuadrúpedos”. El problema de usar dicho término radica en que, si bien al principio identificaba correctamente al grupo de animales que causaban daños, posteriormente el término “cuadrúpedo” comenzó a ser demasiado “estrecho”, pues no daba cuenta de la realidad de forma exacta.²⁶⁵

En nuestra opinión, estamos de acuerdo en que, en realidad, la *actio de pauperie* debería ser de aplicación para todo tipo de animales (salvo el caso de las fieras, que comentaremos más adelante), sin importar si son cuadrúpedos o no, pues sea como sea rige el mismo principio: estamos ante seres vivos que, pese a carecer de razón, causan daños. Y quién mejor que el dueño del animal para hacerse cargo de los mismos (pese a que, materialmente hablando, él no los causó).

No obstante, somos conscientes de que la redacción contenida en el Digesto y las Instituciones puede ser problemática, y por supuesto que puede dar lugar a discrepancias en la interpretación sobre si la *actio de pauperie* puede aplicar para otro tipo de animales que no sean cuadrúpedos.

En ese sentido, para efectos de este trabajo, hemos preferido seguir haciendo referencia a los animales cuadrúpedos, sin perjuicio de que —no obstante— nuestra posición es que las mismas reglas deberían

²⁶⁴ *Ibidem*, pp. 85-86, Nota a pie de página 214.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 86, Nota a pie de página 214.

aplicar también para animales no cuadrúpedos que causan daños (salvo, nuevamente, el caso de las fieras).

Comentario 3

Nótese que tanto el Digesto como las Instituciones hacen referencia a la responsabilidad noxal.

Sobre el particular, es importante tomar en cuenta lo indicado en el Digesto sobre las acciones noxales, en donde se precisa que estas acciones corresponden en caso de daño y de delito de los esclavos, y permiten evitar el litigio con la entrega del mismo cuerpo que hubiera cometido el delito (D. 9. 4. 1).

Salvando las distancias evidentes entre los daños causados por los esclavos y aquellos causados por los animales, la lógica en cuanto a la consecuencia es básicamente la misma: se permite que el dueño del animal que causó el daño lo entregue para liberarse de responsabilidad.

Precisamente por ello, ya refiriéndonos a los animales, en el mismo Digesto se señala que “(...) dar por noxa es entregar el animal vivo” (D. 9. 1. 1. 14).

Siguiendo a la profesora Marlasca Martínez (1999), podemos concluir entonces que la acción específica para hacer frente a los daños causados por animales cuadrúpedos es la *actio de pauperie*, la cual se rige por un régimen noxal, en el sentido de que el dueño podía exonerarse de responsabilidad entregando el animal.²⁶⁶

Ahora bien, para comprender a cabalidad los alcances de la *actio de pauperie*, es indispensable resaltar lo siguiente: siendo que en esta hipótesis de responsabilidad el daño es provocado por un animal, no puede afirmarse que se trata de un daño causado con *iniuria*, pues

²⁶⁶ MARLASCA, *op. cit.*, pp. 127-128.

los animales (a diferencia de lo que ocurre con los seres humanos) carecen de razón.

Así, en el Digesto se indica que *pauperies* es el daño causado sin culpa, pues un animal no puede actuar con injuria al carecer de razón (D. 9. 1. 1. 3). De manera similar, en las Instituciones se precisa que *pauperies* es el daño causado sin injuria, pues un animal no puede actuar de esa forma en tanto no posee razón (I. 4. 9. pr.).

Sobre este punto en concreto, Rossi Masella (1951) nos explica que en la *actio de pauperie* no se tenía en cuenta, para nada, ningún elemento anímico (y no podía ser de otra forma, tratándose de animales). Así, “no se tenía en cuenta la culpa del animal sino simplemente el nexo de causalidad que existía entre el hecho del animal y el daño”.²⁶⁷

Es decir, a diferencia de lo que ocurriría típicamente en una *actio* entablada sobre la base de la *Lex Aquilia*, para hacer efectiva la responsabilidad vía *actio de pauperie* no se requería analizar la *iniuria* del animal pues, lógicamente, al carecer de razón, los animales no podían causar daños con *iniuria*.

En la *actio de pauperie*, la responsabilidad se hacía efectiva contra el dueño del animal que causó el daño, por el solo hecho de tener tal condición, sin que para ello se tuviera que analizar, como tal, la culpa del dueño, ni mucho menos la culpa del animal.²⁶⁸

²⁶⁷ ROSSI, *op. cit.*, p. 326.

²⁶⁸ Según explica la doctrina, en la *actio de pauperie*, el demandante solo necesitaba probar la propiedad y el daño. Véase ASHTON-CROSS, D. (1953). “Liability in Roman Law for Damage Caused by Animals”. En *The Cambridge Law Journal*, Vol. 11, N° 3, p. 401. Si cabe la posibilidad, y con riesgo de caer en un anacronismo, nos atrevemos a afirmar que, con la *actio de pauperie*, el derecho romano justinianeo consagraba una responsabilidad objetiva del dueño del animal, por los daños causados por éste. Abona a esta lectura cierto pasaje contenido en el Digesto, según el cual se menciona que “(...) como también en los cuadrúpedos

Sobre la base de esas premisas, pasemos a comentar brevemente en qué supuestos el dueño del animal, vía *actio de pauperie*, responde por los daños causados por éste.

Pues bien, los primeros tres supuestos concretos de responsabilidad que menciona el Digesto aparecen en el siguiente pasaje:

Y así, como escribe Servio, tiene lugar esta acción, cuando escitada su ferocidad hizo daño un cuadrúpedo, por ejemplo, si un caballo coceador causare daño con una coz, o un buey acostumbrado a acometer con los cuernos hubiere embestido, o las mulas por su demasiada fiereza. Pero si por lo malo del lugar, o por culpa del mulero o si cargado más de lo justo hubiere el cuadrúpedo echado la carga sobre alguien, cesará esta acción y se ejercitará la de daño con injuria (D. 9. 1. 1. 4) (el subrayado es nuestro).

Como podemos observar, se habla de tres hipótesis específicas: 1) el daño causado por un caballo con una coz; 2) el daño causado por un buey que embiste a alguien con sus cuernos; y 3) el daño causado por una mula demasiado fiera.

Nótese que en los tres supuestos estamos ante daños causados por animales cuadrúpedos que normalmente forman parte de un ganado

el daño sigue al causante, se da esta acción contra el dueño, no aquel de quien hubiere sido el cuadrúpedo, cuando causara el perjuicio, sino aquel de quien es en la actualidad" (D. 9. 1. 1. 12) (el subrayado es nuestro). Es decir, la *actio de pauperie* se entabla fundamentalmente contra el dueño del animal en la actualidad, quien no necesariamente habría sido el dueño del cuadrúpedo en el momento en que ese causó el daño. Según nos explica Rosso Elorriaga, al hacer referencia al término "actualidad" se deja en claro que el sujeto responsable pudo no haber tenido ninguna participación fáctica en la comisión del daño. Por ende, no hay —como tal— una conducta de su parte (del dueño actual) que quepa ser calificada como culposa para efectos de atribuirle responsabilidad. Véase ROSSO, *op. cit.*, p. 95.

(es decir, no se trata de fieras salvajes) y que ocasionan un daño sin que para ello exista mayor intervención del ser humano.

Esto último es muy importante de resaltar de cara a nuestra investigación: los daños causados por animales que dan lugar a la *actio de pauperie* son siempre daños que se producen de forma espontánea, sin que el ser humano (o alguna otra circunstancia externa) haya intervenido en su producción.

Precisamente por ello, la doctrina suele reconocer como una condición para el ejercicio de la *actio de pauperie*, que el animal hubiera actuado de manera espontánea, esto es, sin que la víctima lo haya provocado y sin que exista –como tal– culpa de la persona que custodiaba al animal; de lo contrario, si el animal actuaba por incitación, resultaba de aplicación la *Lex Aquilia*.²⁶⁹

En efecto, allí donde intervenga algún otro factor que no dependa enteramente de la conducta del animal, se producirá una consecuencia diferente, que puede implicar la no aplicación de la *actio de pauperie* (responsabilidad “objetiva” del dueño del animal), sino más bien (dependiendo del caso) la posibilidad de que se entable en su lugar una acción bajo la *Lex Aquilia*. Esto lo veremos con más detalle en el siguiente apartado de este trabajo.

Adicionalmente, continuando con las hipótesis de responsabilidad del dueño del animal cuadrúpedo, vía *actio de pauperie*, el Digesto señala lo siguiente:

Y en general, tiene lugar esta acción, siempre que la bestia causó el daño

²⁶⁹ GUILLÉN, A. (2021). “La Responsabilidad por los daños causados por animales: su recepción en la legislación y jurisprudencia argentina.” En *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*. Tomo VI: Derecho de Obligaciones. Asociación Iberoamericana de Derecho Romano. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, p. 923. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-R-2021-60092100930

movida contra su naturaleza. Y por tanto, si escitado el caballo con un dolor hubiere dado una coz, cesa esta acción; pero aquel que hubiere golpeado o herido al caballo, queda obligado por la acción por el hecho más bien que por la Ley Aquilia, y esto así, porque él no causó el daño con su propio cuerpo. Mas si cuando alguno hubiese acariciado o pasado la mano a un caballo, ese le hubiera dado una coz, habrá lugar a la acción (D. 9. 1. 1. 7) (el subrayado es nuestro).

Nótese la referencia expresa que hace el Digesto a que el animal que causó el daño tiene que haber actuado “contra su naturaleza”. Similar expresión encontramos en las Instituciones, en donde se precisa que la *actio de pauperie* tiene lugar cuando el animal se mueve “contra su naturaleza”, no siendo aplicable cuando la ferocidad resulta congénita al animal (I. 4. 9. pr.).

Sobre el particular, Rossi Masella nos explica que, cuando se dice que el animal debe actuar “contra su naturaleza”, no quiere decir que esté haciendo algo completamente contrario a lo que haría un animal de su especie, sino que sus reacciones no son las que normalmente se esperaría, entendiendo por “reacciones” al comportamiento espontáneo del animal, no a la conducta de respuesta que éste realiza cuando es objeto de incitación, azuzamiento o, en general, malos tratos.²⁷⁰

En efecto, el criterio “contra su naturaleza” se refiere a movimientos del animal cuyo curso normal queda interrumpido por causas espontáneas, internas del propio animal (no reconducibles a factores externos), las cuales no podían ser anticipadas.²⁷¹

²⁷⁰ ROSSI, *op. cit.*, pp. 327-328.

²⁷¹ EL BEHEIRI, N. (2021). “*Actio de Pauperie*: el caso del oso escapado. Un análisis en clave fenomenológica.” En *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. Sección derecho romano, N° 43, p. 53. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071654552021000100039&script=sci_abstract

Complementando todo ello, Rosso Elorriaga precisa que, ante una conducta de un animal “contra su naturaleza”, se concedía la *actio de pauperie* contra el dueño debido a que él o los terceros afectados no podían imaginar el comportamiento del animal y tomar las previsiones del caso.²⁷²

Pongamos el ejemplo del caballo que aparece mencionado en D. 9. 1. 1. 7, para ver todo más gráficamente:

1. Si alguien acaricia a un caballo y, debido a ello, dicho animal le da una coz al sujeto que lo acarició, entonces es lógico considerar que el caballo actuó “contra su naturaleza”, pues no era razonable esperar que el caballo golpeará al sujeto por solo haberlo acariciado. En este primer escenario, entonces, la víctima (quien recibió la coz por parte del caballo) podrá entablar la *actio de pauperie* contra el dueño del animal.

2. Cuestión distinta sería si un sujeto (que no necesariamente tiene que ser el dueño) golpea o le ocasiona dolor a un caballo (imaginemos, con una madera o algún objeto punzocortante) y, como consecuencia de dicha incitación o azuzamiento, el caballo se desespera y golpea a otro sujeto que pasaba por allí. En este segundo escenario, entonces, la víctima (quien recibió la coz por parte del caballo) no ejercerá la *actio de pauperie* contra el dueño del animal, sino que entablará directamente una acción bajo la *Lex Aquilia* contra el sujeto que incitó o azuzó al caballo.²⁷³

²⁷² ROSSO, *op. cit.*, p. 94.

²⁷³ Lógicamente, si quien incitó o azuzó al caballo fue el mismo dueño del animal, entonces la acción a entablar por la víctima será contra dicho dueño, pero no en virtud de la *actio de pauperie*, sino bajo la *Lex Aquilia*.

En síntesis, para que aplique la *actio de pauperie*, el daño debe haber sido producido de manera espontánea por el animal. Si un animal doméstico causa un daño, pero éste es provocado por un tercero (como, por ejemplo, quien golpea o azuza al caballo), no puede considerarse que la conducta del animal es “contra su naturaleza”.²⁷⁴

Ahora bien, para terminar de entender los alcances de la expresión “contra su naturaleza”, es importante plantear lo siguiente: ¿qué ocurre cuando la ferocidad del animal es congénita? Es decir, ¿qué sucede cuando, naturalmente, el animal que causa el daño es feroz o salvaje? ¿En ese caso procederá la *actio de pauperie*?

La respuesta a esta interrogante es no. Y la encontramos reflejada en el siguiente pasaje del Digesto: “Mas respecto a las fieras, no tiene lugar esta acción por razón de su natural ferocidad; y por lo tanto, si huyó un oso y así hizo daño, no puede ser demandado el que fue su dueño, porque dejó de ser dueño, luego que la fiera se escapó; y por consiguiente, también si yo lo maté, es mío el cuerpo” (D. 9. 1. 1. 10) (el subrayado es nuestro).

El razonamiento a tomar en cuenta (y que compartimos) es el siguiente: si, como hemos visto, la *actio de pauperie* se concede cuando un animal actúa “contra su naturaleza”, dicha acción no podrá resultar de aplicación en caso de animales feroces (pensemos en osos, tigres, leones, etc.), porque naturalmente tienen esa condición y, en ese sentido, su conducta de atacar a alguien no es “contra su naturaleza”.²⁷⁵ Por el contrario, es conforme a su naturaleza, porque es esperable que un animal feroz pueda cometer este tipo de daños.

En esa medida, podemos afirmar que la eventual responsabilidad por daños causados por fieras no es encuadrable bajo la *actio de pauperie*²⁷⁶ y, en ese sentido, no se rige por ella.

²⁷⁴ ASHTON-CROSS, *op. cit.*, p. 400.

²⁷⁵ ROSSI, *op. cit.*, p. 331.

²⁷⁶ JACKSON, B. (1978). “Liability for Animals in Roman Law: An Historical Sketch”

Ahora bien, debemos reiterar que probablemente uno de los factores determinantes para dilucidar si será el dueño del animal quien responda bajo la *actio de pauperie* es entonces que el daño haya sido causado por el animal de manera espontánea, sin que su conducta haya sido provocada o motivada por una causa externa (que puede deberse a la intervención de un tercero, o de alguna otra circunstancia).

Más adelante veremos que esta es una regla transversal que podemos extraer haciendo un análisis inductivo a partir de los supuestos concretos regulados en el Digesto en los cuales, *a contrario*, el dueño del animal no responde bajo la *actio de pauperie*.

Para finalizar este apartado resulta importante mencionar otro supuesto regulado en el Digesto, que –en nuestra opinión– no es más que una derivación de las hipótesis anteriores. Se trata del caso en que el cuadrúpedo causa el daño no directamente con su cuerpo (con una coz o una cornada), sino tocando alguna otra cosa.

Así, si el cuadrúpedo provoca el daño con su propio cuerpo, o incluso con otra cosa que éste tocó, resultará de aplicación igualmente la *actio de pauperie*; por ejemplo, si un buey magulla a una persona con la carreta o con otra cosa derribada por el mismo (D. 9. 1. 1. 9).

Nuevamente, aquí tampoco interviene una causa externa, por lo que la víctima podrá entablar la *actio de pauperie* contra el dueño del animal que causó el daño.

También cabe hacer mención de otra sección del Digesto en donde se grafica muy bien la responsabilidad del dueño del animal vía *actio de pauperie*. Así, se pone el ejemplo de un mozo que lleva a un caballo a una hostería, y dado que el caballo olfatea a una mula, ésta tira una coz y quiebra una pierna al mozo. En este escenario, se plantea la pregunta de si podría ejercerse una acción contra el dueño de la mula. La respuesta es que sí (D. 9. 1. 5).

Lógicamente, si un caballo olfatea a una mula no se espera *per se*

En *The Cambridge Law Journal*, Vol. 37, N° 1, p. 136.

que dicha mula golpee a una persona que está caminando cerca de ella (es decir, es claro que ha actuado “contra su naturaleza”). Por tanto, en este caso el mozo podrá ejercer la *actio de pauperie* contra el dueño de la mula.

Sobre la base de todo lo anterior, partiendo de los supuestos concretos regulados en el Digesto sobre la *actio de pauperie*, es posible establecer algunas condiciones para su aplicación: 1) que el animal sea un cuadrúpedo (con las salvedades que ya hemos hecho); 2) que el animal sea doméstico (es decir, que no se trate de una fiera); 3) que el animal actúe “contra su naturaleza”;²⁷⁷ y, a todo ello agregaría, 4) la no intervención de una causa externa.

En el siguiente apartado, vamos a ver los supuestos contrarios, es decir, en qué escenarios el dueño del animal no responde vía *actio de pauperie*.

III. Supuestos en los cuales el dueño del animal cuadrúpedo no responde

En el apartado anterior hemos desarrollado las hipótesis en las cuales, en el marco del derecho romano justiniano, el dueño de un animal es responsable por los daños que éste cause, vía *actio de pauperie*. En el presente apartado, vamos a hacer precisamente lo contrario, es decir, vamos a abordar las hipótesis opuestas, en las cuales el dueño del animal cuadrúpedo no responde en virtud de dicha acción.

Cabe precisar que el hecho de que digamos que “el dueño del animal no responde” no quiere decir que el incidente quedará impune o que nadie se hará responsable. La no concesión de la *actio de pauperie*

²⁷⁷ ROSSI, *op. cit.*, p. 323.

contra el dueño no significa que el daño causado quedará sin sanción o resarcimiento,²⁷⁸ sino que, por el contrario, muy probablemente resultará aplicable otro tipo de acción contra otro sujeto: una acción bajo la *Lex Aquilia* contra quien intervino de forma determinante en la producción de daño.

Adicionalmente, debemos recalcar que la mayoría de los supuestos de no responsabilidad del dueño que vamos a comentar a continuación se obtienen de analizar por oposición las hipótesis que ya hemos mencionado antes.

Así, dando respuesta a nuestro problema de investigación, los supuestos en los cuales, en el derecho romano justiniano, el dueño del animal (cuadrúpedo) no responde son los siguientes:

III. 1. Cuando la mula echa la carga sobre alguien por lo malo del lugar, por la culpa del mulero o por haber cargado más de lo justo

Como ya hemos visto, este supuesto se encuentra contemplado en el Digesto, en donde, luego de regular la responsabilidad del dueño del caballo cocedor, el buey que embiste o la mula demasiado fiera, se precisa que “si por lo malo del lugar, o por culpa del mulero o si cargado más de lo justo hubiere el cuadrúpedo echado la carga sobre alguien, cesará esta acción y se ejercitará la de daño con injuria” (D.9.1.1.4).

En atención a lo que hemos explicado en el apartado II.B) anterior, es evidente que en estos escenarios el dueño del animal no responde, en la medida en que se ha presentado una circunstancia externa o ajena al comportamiento espontáneo del animal. Veamos:

²⁷⁸ ROSSO, *op. cit.*, p. 94.

1. En el caso de que el daño fue causado “por lo malo del lugar”, podemos advertir que no es el mero comportamiento de la mula (dejar caer la carga sobre alguien) lo que lesiona o afecta a terceros, sino que quien la conducía (el mulero, que puede ser o no el dueño del animal) no la llevó por un “buen” camino. Es decir, muy probablemente el mulero condujo la mula por un sendero bastante accidentado, con muchas piedras, obstáculos y por esa razón en concreto el animal no pudo resistir la carga que llevaba y terminó echándola a un tercero que caminaba por allí.

En este supuesto, existe claramente una intervención de una causa externa: la negligencia del mulero por haber conducido al animal por un camino donde no debía. En este escenario, la víctima no podrá entablar la *actio de pauperie* contra el dueño de la mula, pero por supuesto que podrá iniciar una acción bajo la *Lex Aquilia* contra quien conducía a la mula.

Distinto sería el caso si el camino como tal no representaba ninguna dificultad para que la mula transite por allí y, pese a ello, el animal dejaba caer la carga sobre la víctima. En esta nueva hipótesis, la víctima sí podría entablar la *actio de pauperie* contra el dueño de la mula.

2. En el caso de que el daño fue causado “por la culpa del mulero”, podemos advertir nuevamente que no es el mero comportamiento de la mula la conducta dañosa, sino el hecho de que el mulero (que puede ser o no el dueño del animal) haya actuado con culpa.

De la misma manera a lo que vimos en el escenario inmediatamente anterior, aquí existe claramente una intervención de una causa externa: la culpa del mulero. En este escenario, nuevamente, la víctima no podrá entablar la *actio de pauperie* contra el dueño de la mula, pero por supuesto que podrá iniciar una acción bajo la *Lex Aquilia* contra el mulero.

3. En el caso de que el daño fue causado “por haber cargado más de lo justo”, podemos advertir otra vez que no es el mero comportamiento de la mula la conducta dañosa, sino el hecho de que haya llevado más carga de la que correspondía.

Es decir, muy probablemente quien conducía a la mula (el mulero, que puede ser o no el dueño del animal) colocó demasiadas cosas en su lomo, haciéndola llevar una carga excesiva de objetos, y por esa razón en concreto el animal no pudo resistir el peso y terminó echando la carga a un tercero que caminaba por allí.

De la misma manera a lo que vimos en los escenarios inmediatamente anteriores, aquí existe claramente una intervención de una causa externa: el hecho de que el mulero haya hecho a la mula cargar más de lo justo. En este escenario, otra vez, la víctima no podrá entablar la *actio de pauperie* contra el dueño de la mula, pero por supuesto que podrá iniciar una acción bajo la *Lex Aquilia* contra el mulero.

Distinto sería el caso si la carga que estaba llevando la mula no era, en sí misma, problemática y, pese a ello, el animal dejaba caer dicha carga sobre la víctima. En esta nueva hipótesis, la víctima sí podría entablar la *actio de pauperie* contra el dueño de la mula.

III. 2. Cuando un perro se ha escapado por su indocilidad y ha causado daño a alguien, habiendo podido ser contenido por otra persona con más firmeza, o conducido por otro lugar

Este supuesto se encuentra contemplado en el Digesto, conforme a lo siguiente:

Pero también si un perro, cuando por alguien fuese conducido a alguna parte, se hubiere escapado por su indocilidad, y hubiere causado daño a

alguno, si por otro pudiere ser contenido con más firmeza, o si no debió ser conducido por aquel lugar, cesará esta acción, y quedará obligado el que llevaba el perro (D. 9. 1. 1. 5) (el subrayado es nuestro).

En atención a lo que hemos explicado en el apartado *II. 2.* anterior y a las hipótesis de no responsabilidad del dueño comentadas en el apartado *III. 1.* precedente, es evidente que en estos escenarios el dueño del animal no responde, en la medida en que se ha presentado una circunstancia externa o ajena al comportamiento espontáneo del animal. Veamos:

1. En el caso de que el daño fue causado porque el perro se escapó, cuando pudo haber sido contenido por otra persona con más firmeza, podemos advertir que no es el mero comportamiento del perro (morder a alguien) lo que lesiona o afecta a terceros, sino que quien lo paseaba (que puede ser o no el dueño del animal) no lo contuvo con la suficiente firmeza para evitar que se escapara.

Es decir, muy probablemente quien estaba paseando al perro estaba distraído con algo, no sostuvo la correa con firmeza, y por esa razón en concreto el animal pudo escaparse y terminó mordiendo a un tercero que caminaba por allí.

En este supuesto, existe claramente una intervención de una causa externa: la negligencia de quien paseaba al perro, por no haberlo contenido de manera firme para evitar que se escape. En este escenario, la víctima no podrá entablar la *actio de pauperie* contra el dueño del perro, pero por supuesto que podrá iniciar una acción bajo la *Lex Aquilia* contra quien paseaba al perro.

2. En el caso de que el daño fue causado porque el perro se escapó, cuando pudo haber sido conducido por otro lugar, nuevamente, podemos advertir que no es el mero comportamiento

del perro (morder a alguien) lo que lesiona o afecta a terceros, sino que quien lo paseaba no lo llevó por un “buen” camino. En este supuesto, al igual que lo que ocurría en el caso de la mula que era conducida por el mulero, existe claramente una intervención de una causa externa: la negligencia de quien paseaba el perro, por haber llevado al animal por un camino donde no debía. En este escenario, la víctima no podrá entablar la *actio de pauperie* contra el dueño del perro, pero por supuesto que podrá iniciar una acción bajo la *Lex Aquilia* contra quien paseaba al perro.

III. 3. Cuando ha habido hostigamiento al animal causado por otro sujeto

Este supuesto también se encuentra contemplado en el Digesto, donde se dice “también si por hostigamiento de otro hubiere causado daño a la bestia, cesará esta acción” (D. 9. 1. 1. 6).

En atención a lo que hemos explicado en el apartado II. 2. anterior, es evidente que en este escenario el dueño del animal no responde, en la medida en que se ha presentado una circunstancia externa o ajena al comportamiento espontáneo del animal.

En efecto, al igual que en los supuestos anteriores, en el caso de que el daño fue causado porque el animal fue hostigado por otro sujeto, podemos advertir que no es el mero comportamiento del animal lo que lesiona o afecta a terceros, sino que el hostigamiento que sufre el animal tiene aquí un rol determinante.

En este escenario, la víctima no podrá entablar la *actio de pauperie* contra el dueño del animal, pero por supuesto que podrá iniciar una acción bajo la *Lex Aquilia* contra quien lo hostigó.

III. 4. Cuando el caballo coceador es incitado por un dolor causado por golpe o herida de un sujeto

Este supuesto también se encuentra contemplado en el Digesto, donde se dice que “si escitado el caballo con un dolor hubiere dado una coz, cesa esta acción; pero aquel que hubiere golpeado o herido al caballo, queda obligado por la acción por el hecho más bien que por la ley Aquilia, y esto así porque él no causó el daño con su propio cuerpo” (D. 9. 1. 1. 7) (el subrayado es nuestro).

En atención a lo que hemos explicado en el apartado II. 2. anterior, y a lo desarrollado en el supuesto previsto en el apartado III. 2. precedente, es evidente que en este escenario el dueño del animal no responde, en la medida en que se ha presentado una circunstancia externa o ajena al comportamiento espontáneo del animal. De hecho, este escenario no es más que una manifestación concreta del caso en que un animal causa un daño por haber sido hostigado por otro sujeto.

Del mismo modo, en caso el daño fuera causado porque el caballo fue incitado o azuzado por un dolor causado por otro sujeto (imaginemos, con una madera o algún objeto punzocortante) y, como consecuencia de dicha incitación o azuzamiento, el animal se desespera y golpea a otro sujeto que pasaba por allí, entonces, podemos advertir que no es el mero comportamiento del animal lo que lesiona o afecta a terceros, sino que el hostigamiento o incitación que sufre el animal tiene aquí un rol determinante.

En este escenario, nuevamente, la víctima no podrá entablar la *actio de pauperie* contra el dueño del animal, pero por supuesto que podrá iniciar una acción bajo la *Lex Aquilia* contra el sujeto que incitó o azuzó al caballo.

III. 5. Cuando un oso (fiera) huye y ocasiona un daño

Este último supuesto también se encuentra contemplado en el Digesto, donde se dice que: “Mas respecto a las fieras, no tiene lugar esta acción por razón de su natural ferocidad; y por lo tanto, si huyó un oso y así hizo daño, no puede ser demandado el que fue su dueño, porque dejó de ser dueño, luego que la fiera se escapó; y por consiguiente, también si yo lo maté, es mío el cuerpo” (D. 9. 1. 1. 10) (el subrayado es nuestro).

En atención a lo que hemos explicado en el apartado II. 2. anterior, en este escenario el que era dueño del animal no responde vía *actio de pauperie*, en la medida en que no puede afirmarse que el animal actuó “contra su naturaleza”.

Como hemos visto anteriormente, a diferencia de los animales domésticos, los animales salvajes como un oso tienen un grado de ferocidad congénito. En ese sentido, si un oso se escapa y (por ejemplo) muerde o causa lesiones a una persona, ese incidente no podrá ser atribuido a quien decía ser dueño del oso, pues el oso está más bien actuando de acuerdo con su naturaleza (de fiera).

Ciertamente, este supuesto es bastante peculiar, pues a diferencia de los otros que hemos comentado, aquí no se presenta una causa externa que interviene en la producción del daño. En este caso concreto, el dueño no responde porque el daño, pese a haber sido causado enteramente por el comportamiento espontáneo del animal, se produce por la natural ferocidad que tiene éste.

Por lo tanto, en este escenario, la víctima no podrá entablar la *actio de pauperie* contra el dueño del animal.²⁷⁹

²⁷⁹ Cabe precisar que el hecho de que el dueño no responda vía *actio de pauperie* por los daños causados por las fieras no impide la aplicación de otros remedios. Precisamente por ello, la doctrina se suele remitir a la aplicación de la *actio de feris* y, en particular, a los pasajes contemplados en D. 21. 1. 40. 1 (donde se hace

A partir de todos los supuestos de no responsabilidad del dueño antes mencionados, podemos establecer, vía inductiva, una regla general: fundamentalmente, el dueño del animal cuadrúpedo no responderá cuando se produzca la intervención de algún factor externo al animal, que haga que su conducta ya no sea espontánea. Lógicamente, un caso especial es el de los daños causados por las fieras, los cuales tampoco darán lugar a la *actio de pauperie*.

IV. Conclusiones

En vía conclusiva, consideramos pertinente enunciar las siguientes ideas importantes:

1. La acción específica para hacer frente a los daños causados por animales cuadrúpedos es la *actio de pauperie*, a través de la cual el dueño asumía responsabilidad por dichos daños y, en virtud de ello, podía quedar obligado a: a) pagar la indemnización correspondiente o b) entregar el animal a la víctima.

2. A diferencia de lo que ocurriría típicamente en una *actio* entablada sobre la base de la *Lex Aquilia*, para hacer efectiva la responsabilidad vía *actio de pauperie* no se requería analizar la *iniuria* del animal pues, lógicamente, al carecer de razón, los animales no podían causar daños con iniuria. En la *actio de pauperie*, la responsabilidad se hacía efectiva contra el dueño del animal que causó el daño, por el solo hecho de tener tal condición.

referencia a animales como el jabalí, el lobo, el oso, la pantera y el león), D. 21. 1. 41 y D. 21. 1. 42. Véase: EL BEHEIRI, *op. cit.*, p. 52. Nota a pie de página 35.

3. Partiendo de los supuestos regulados en el Digesto sobre la *actio de pauperie*, las condiciones para su aplicación son las siguientes: a) que el animal sea un cuadrúpedo (con las salvedades que hemos hecho); b) que el animal sea doméstico; c) que el animal actúe “contra su naturaleza”; y d) que no intervenga una causa externa.

4. Los supuestos en los cuales el dueño del animal cuadrúpedo no responde son básicamente: a) cuando la mula echa la carga sobre alguien por lo malo del lugar, por la culpa del mulero o por haber cargado más de lo justo (D. 9. 1. 1. 4); b) cuando un perro se ha escapado por su indocilidad y ha causado daño a alguien, habiendo podido ser contenido por otra persona con más firmeza, o conducido por otro lugar (D. 9. 1. 1. 5); c) cuando ha habido hostigamiento al animal causado por otro sujeto (D. 9. 1. 1. 6); d) cuando el caballo coceador es incitado por un dolor causado por golpe o herida de un sujeto (D. 9. 1. 1. 7); y e) cuando un oso (fiera) huye y ocasiona un daño (D. 9. 1. 1. 10).

5. Haciendo un ejercicio inductivo para establecer una regla general, podemos afirmar que, fundamentalmente, el dueño del animal cuadrúpedo no responderá cuando se produzca la intervención de algún factor externo al animal, es decir, una causa extraña. En este tipo de escenarios no resulta de aplicación la *actio de pauperie*, sino que se permite reclamar contra un sujeto distinto al dueño del animal bajo la *Lex Aquilia*, por haber intervenido en la producción del daño.

Un caso especial es el de los daños causados por las fieras, los cuales tampoco darán lugar a la *actio de pauperie*, por no haber el animal actuado “contra su naturaleza”.

Expresiones oscuras

Por Laura Bierzychudek²⁸⁰

Sumario: Resumen; I. Análisis preliminar de los fragmentos D. 2, 14, 39 y D. 18, 1, 21; II. *El nuevo Código Civil y Comercial argentino; II. 1. El artículo 1068 presupone el deber de hablar claro; II. 2. La nueva redacción favorece el favor debilis en lugar del favor debitoris; II. 3. La incorporación en este sentido del nuevo artículo 1068 confirma el criterio romano que las reglas y las normas deben ser producidas, interpretadas y aplicadas siempre y cuando garanticen la realización del bonum et aequum; III. Sistema de derecho común; IV. Conclusión.*

²⁸⁰ Abogada egresada con Diploma de Honor de la Universidad de Buenos Aires. Magister en Sistema Jurídico Romano y Derecho de la Unificación (Università di Tor Vergata, Italia). Ayudante en la asignatura Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (cátedra Álvarez). Investigadora externa en el proyecto de investigación "Una mirada romanista a las reglas y principios en el Código Civil y Comercial de la Nación. Primera parte" radicado en UFLO Universidad.

Resumen

El Código Civil y Comercial unificado ha incluido una regla proveniente del derecho romano para la solución de expresiones oscuras o ambiguas en la redacción de los contratos. Así, el artículo 1068, titulado “Expresiones oscuras”, establece: “Cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes”.

Anteriormente, el Código Comercial preveía ciertas reglas de interpretación, en su artículo 218, el cual hacía referencia a las reglas de equidad (inc. 3) y, en los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas debían interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de liberación.

La raíz romanista se encuentra en D. 2, 14, 39, que dispuso: “Parece bien a los antiguos, que un pacto oscuro o ambiguo perjudique al vendedor, y al que arrendó, en cuya potestad estuvo consignar más claramente la ley del contrato”, y en D. 18, 1, 21, que expresó: “Escribió Labeón, que la oscuridad de un pacto más bien debe perjudicar al vendedor, que lo hubiese expresado, que al comprador, porque pudo, estando íntegro el negocio, expresarlo con más claridad”.

Resulta prudente, entonces, analizar el alcance del artículo 1068 en el marco del *ius* romano que: 1) hace expresa referencia al deber de hablar claro, obligación subsumida en el principio de buena fe; 2) privilegia, en este caso, el *favor debilis* al *favor debitoris*; y 3) pone atención a que las reglas y las normas deben ser producidas, interpretadas y aplicadas siempre y cuando garanticen la realización del *bonum et aequum*.

En el derecho comparado, una regla similar ha sido prevista en el Código Civil francés (artículo 1162), mexicano (artículo 1857), uruguayo (artículo 1304), brasileño (artículo 423), paraguayo (artículo 714), entre otros.

Se confirma, entonces, que las reglas se hacen con arreglo al derecho y no al revés (D. 50, 17, 1), como también la relación de los códigos entre sí y, a través de los principios generales del derecho, con el derecho romano. Allí se encuentra el sistema de derecho común, base para la integración latinoamericana y la solución de problemas del presente.

I. Análisis preliminar de los fragmentos D. 2, 14, 39 y D. 18, 1, 21

La regla de interpretación ante expresiones oscuras y ambiguas fue receptada en D. 2, 14, 39 y en D. 18, 1, 21.

D. 2, 14, 39 dispuso: “Parece bien a los antiguos, que un pacto oscuro o ambiguo perjudique al vendedor, y al que arrendó, en cuya potestad estuvo consignar más claramente la ley del contrato”. En tanto, D. 18, 1, 21 expresó: “Escribió Labeón, que la oscuridad de un pacto más bien debe perjudicar al vendedor, que lo hubiese expresado, que al comprador, porque pudo, estando íntegro el negocio, expresarlo con más claridad”.

Ambos *iura* corresponden a dos excelsos juristas romanos; el primero, a Papiniano,²⁸¹ de su obra *Cuestiones*, y el segundo a Paulo,²⁸² quienes vivieron entre finales del siglo II d. C. y principios del siglo III d. C., perteneciente al derecho romano clásico.²⁸³ Bajo

²⁸¹ Emilio Papiniano era ciudadano romano. Nació en Siria, cerca del año 150 d. C. y falleció en el año 212 d.C.

²⁸² Julius Paulus Prudentissimus fue un escritor jurídico fecundo y el más citado en el Digesto después de Ulpiano. Fue contemporáneo a Papiniano.

²⁸³ Algunos autores definen esta época como el derecho romano de la edad comercial, que incluiría el período entre el siglo II a. C. y la mitad del siglo III d.

el criterio establecido en la Ley de Citas de Valentiniano III (año 426), corresponde tener presente que podrían haberse citado ante un tribunal con valor de norma vigente puesto que su doctrina resultaba coincidente.

Posteriormente, los fragmentos formaron parte del Digesto del *Corpus Iuris Civilis* y se ubicaron, el primero, bajo el título “De los Pactos, y el segundo, bajo el título “De la contratación de la compra, de los pactos concertados entre el comprador y el vendedor y de las cosas que no pueden ser vendidas (segunda parte)”. La obra justiniana²⁸⁴ es caracterizada como universalista y perpetua.²⁸⁵ En este razonamiento, al rescatar e introducir los *iura* les reconoce vigencia universal. En efecto, Justiniano acoge, en su Digesto, vivo y adecuado al nuevo derecho,²⁸⁶ los viejos *iura*, y, a través de la convalidación de su voluntad imperial, éstos conquistan el antiguo vigor. Ello implica que invocar en juicio un *iura* contenido en el Digesto significa invocar el *Corpus* mismo.²⁸⁷

C. Véase PETRUCCI, A. (2002). “Sobre los orígenes de la protección dada a los terceros”. En *Rivista Roma e America*, N° 13, p. 235.

²⁸⁴ Flavius Petrus Sabbatius Justinianus nació en Tauresio, Macedonia, en el año 482 dentro de una familia romana o ilírica romanizada. Fue adoptado por su tío Justino, con quien dirigió el Imperio solo durante el año 527. Al año siguiente, 528, asume como emperador hasta el año 565 cuando muere. Véase GROSSO, G. (1965). *Storia del Diritto Romano*. Torino: G. Giappichelli, p. 489 y ss.; ORESTANO, R. (1961). “Voz Giustiniano”. En *Novissimo Digesto Italiano*, VII, 1111 y ss. Justiniano como emperador de Roma se caracterizó por ser un restaurador del orden a través de una unidad religiosa y una universalidad jurídica (GROSSO, *op. cit.* p. 511). Sin embargo, la restauración del imperio fue efímera. En cambio, aquello que sí continúa vivo es el derecho romano corporizado en el *Corpus*.

²⁸⁵ TALAMANCA, M. (1989). *Lineamenti di storia del Diritto romano*. Milano: Giuffrè, p. 630.

²⁸⁶ GROSSO, *op. cit.* p. 511.

²⁸⁷ ORESTANO, R. (1962). *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni*

El problema afrontado fueron las disposiciones ambiguas que hubiera incluido el vendedor en un contrato de compraventa o el locador en un contrato de locación.²⁸⁸ Los dos negocios jurídicos mencionados fueron calificados como contratos consensuales sinagmáticos y daban lugar a acciones *bonae fidei*.²⁸⁹

En ambos casos, la solución prevista es a favor de quien no hubiera consignado o expresado las disposiciones ambiguas u oscuras. En este sentido, se resuelve que la interpretación debe perjudicar al vendedor o a quien dio en arrendamiento.

El fundamento en los dos fragmentos se vincula con el deber de hablar claro, que deriva del principio de buena fe que integra los contratos. Así, se dice que “en cuya potestad estuvo consignar más claramente la ley del contrato” y “porque pudo, estando íntegro el negocio, expresarlo con más claridad”.

Los fragmentos citados no describen los hechos del caso bajo análisis. No he encontrado pruebas sobre interpolaciones, pero no pareciera a priori que, si las hubiera habido, hubieran modificado la lógica aplicada.

En el área del derecho privado, el razonamiento se funda en los

imperiali. Torino: G. Giappichelli, p. 79 y ss. Al respecto Gallo afirma que “*Il sistema delineado da Giustiniano appare in astratto il più idoneo al raggiungimento della certezza del diritto come certezza del dato normativo*”, véase GALLO, F. (1986). “La codificazione giustiniana.” En *Index*, N° 41.

²⁸⁸ Expresamente, los fragmentos indican: “pacto oscuro o ambiguo” y “la oscuridad de un pacto”.

²⁸⁹ *Bonae fidei iudicia* “es un procedimiento ante el juez, pero de tal modo que por concesión del pretor se le concede la libre potestad de estimar lo que se debe restituir, sin darle una limitación cuantitativa determinada, sino estableciendo que lo precise conforme a lo que indica la buena fe (*ex bono et aequo*)”, véase DI PIETRO, A. (2014). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 37).

principios de equidad, buena fe, entre otros.²⁹⁰ Súmese a ello que en este sistema, la sustancia de todo el orden jurídico es la *aequitas*,²⁹¹ que significa, básicamente, igualdad, proporción y simetría y, a través de su aplicación, deviene también una herramienta de flexibilidad de la norma jurídica (debiendo considerar para ello las especiales circunstancias del caso concreto).²⁹² La *aequitas* se presenta asimismo y, en consecuencia, como una bandera de la humanidad.²⁹³

El *Corpus Iuris Civilis* da cuenta de muchos fragmentos (y decisiones) donde se resuelve la interpretación de la manifestación de las partes en función del equilibrio de las prestaciones.²⁹⁴ La

²⁹⁰ SCHULZ, F. (1936). *Principles of Roman Law*. Nueva York: Oxford University Press, pp. 140 y ss., 223 y ss. y 239 y ss.

²⁹¹ RICOBBONO, S. (1926). “Fasi e fattori dell’evoluzione del diritto romano”. En *Mélanges de Droit Romain dédiés a Georges Cornil*, I. Gand-París: Vanderpoorten & Company, p. 253 y ss.

²⁹² D. 44, 3, 14: “...de accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate...”

²⁹³ GUARINO, A. (1957). “Voz Equità”. En *Novissimo Digesto Italiano*, VI, p. 619 y ss.

²⁹⁴ Resulta muy ilustrativo para ampliar la importancia del deber de hablar claro para favorecer la equivalencia de las obligaciones que asuman las partes contrayentes, entre otros, el fragmento D. 14. 3. 1. 3, que establece que anunciar públicamente lo entendemos de este modo: en carteles claros, donde de corrido pueda leerse bien, por supuesto, delante de la tienda, o delante de aquel local en que se explote la negociación, no en lugar escondido, sino visible. ¿Pero con caracteres griegos o latinos? Opino que, conforme a las condiciones de la localidad, para que nadie pueda excusarse con su ignorancia de la escritura. Y a la verdad, si alguno dijera que no sabía leer, o que no respetó lo que estaba anunciado, con tal que muchos lo leyeran, y que hubiese estado anunciado en público, no será oído. Por otra parte, en D. 21. 1. 18 se dispone que los elogios deben ser entendidos de modo que lo afirmado por el vendedor no se exija desconsideradamente, sino con cierta medida, de suerte que si se hubiese afirmado que el esclavo es constante, no se le exija

interdependencia de las obligaciones que surgen de contratos consensuales resulta enunciada a través de “la elaboración del estudio de caso a la luz de la sinalagmaticidad desentrañada con el criterio de la buena fe”.²⁹⁵

Al respecto, Gayo sostuvo en sus *Institutas* que “en estos contratos se obligan ambas partes a darse respectivamente lo que la equidad prescribe”.²⁹⁶

II. El nuevo Código Civil y Comercial argentino

El Código Civil de Vélez Sarfield, sin embargo, no incorporó esta regla de manera directa y manifiesta. Solamente en 2015, con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial reapareció en nuestro derecho positivo.

El artículo 1068, denominado “Expresiones oscuras”, dispone: “Cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes.”

Fue ubicado en el Libro Tercero sobre los Derechos Personales, Título II referido a los Contratos en General, Capítulo 10 denominado

la rigurosa gravedad y constancia de un filósofo, y si hubiese afirmado que era laborioso y vigilante, no se exija de él labor ininterrumpida durante el día y la noche.

²⁹⁵ CARDILLI, R. (2002). “La Buona Fede come principio di diritto dei contratti”. En *Roma e America*, N° 13, p. 161. Sigue diciendo: “*Il collegamento tra buona fede ed equilibrio contrattuale come voluto delle parti e despresso dal sinallagma é fissato come regola nelle opere istituzionali*” (p. 165 y ss.)

²⁹⁶ GAYO 3, 137.

“Interpretación”. Resalto aquí la ubicación de la regla que, por ello, aplica a todos los contratos y no únicamente a aquellos celebrados en el marco de relaciones de consumo o celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas (los cuales tienen otros artículos específicos en la misma materia).

La regla ofrece una solución dinámica a contratos gratuitos y a contratos onerosos. En el primer caso, se favorece a la parte obligada, disponiendo que la interpretación debe ser aquella que determine la prestación (o las modalidades) menos gravosas. En este sentido, podría sostenerse que la solución es a favor de la liberación. Por el contrario, en el caso de los contratos a título oneroso no se hace mención ni se favorece la liberación, sino bien, el reequilibrio de las prestaciones.

El antecedente local, como decíamos, no estaba en el Código Civil. El Código de Comercio derogado sí estableció reglas de interpretación, entre las cuales estaban las siguientes:

Artículo 218. 2° Las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, cuidando de darles, no tanto el significado que en general les pudiera convenir, cuanto el que corresponda por el contexto general; 3° Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos, y a las reglas de la equidad; (...) 7° En los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de liberación.

Obsérvese que allí se hacía expresa mención a los “términos claros”, a las “reglas de la equidad” (en el apartado tercero) y al “*favor debitoris*” (último apartado).

Al respecto, la jurisprudencia ha dicho en un caso en que se analizaba

la cláusula penal dispuesta en un contrato de locación de inmueble, en 2011: “

La cláusula penal debe interpretarse con arreglo a las modalidades del caso y a la clara voluntad de las partes; el principio de buena fe debe aplicarse cuando sea dudoso el sentido de la declaración, interpretándola como lo harían las personas correctas; por ello, cuando se trata de establecer el significado de cláusulas penales o que conduzcan a la pérdida de un derecho, la cuestión debe decidirse contra quien ha redactado el contrato. A tal efecto, es indiferente que haya o no proceder doloso, es decir, que una de las partes haya inducido a la otra a contratar mediante engaño pues en tal caso la incorrección consiste en emplear expresiones oscuras.²⁹⁷

En el nuevo artículo 1068 no hay sanción ni calificación de comportamiento doloso a quien ha permitido que la redacción generase duda, sino que la regla adecúa el contenido del contrato al parámetro de la equidad y el principio de la buena fe lealtad y corrección.²⁹⁸

II. 1. El artículo 1068 presupone el deber de hablar claro

Por su parte, el artículo 1068 no hace referencia al deber de hablar

²⁹⁷ Además, se aclara al describir la postura mayoritaria que sostiene la aplicación restrictiva de la cláusula penal: “d) en casos de dudosa redacción, las reglas generales de interpretación de los contratos llevan a pronunciarse por la solución más favorable al deudor”. Véase KEMELMAJERDE CARLUCCI, A. R. (1980). *La cláusula penal*. Buenos Aires: Depalma, p. 17 y ss. (TR LALEY AR/JUR/41563/2011).

²⁹⁸ “La buena fe es principio jurídico que permite integrar el contenido contractual en su dinámica, según un criterio de justicia, a fin de reequilibrar las posiciones de los contrayentes, eventualmente desequilibradas, y de impedir lucros injustificados” (CARDILLI, *op. cit.*, p. 166).

claro, pero es cierto que la regla contenida en dicho artículo cierra todo el capítulo referido a las reglas de interpretación. Durante el capítulo, las reglas y/o principios se disponen en el siguiente orden: 1) intención común y principio de buena fe; 2) literalidad en la interpretación restrictiva, 3) significado de las palabras; 4) interpretación contextual; 5) fuentes: circunstancias de celebración, conducta de partes, naturaleza y finalidad del contrato; 6) principio de conservación; 7) protección de la confianza; y 8) expresiones oscuras, donde finalmente se ha hecho expresa referencia a la equidad. Sin embargo, el artículo 985, referido a contratos con cláusulas predisuestas, sí establece que la redacción debe ser clara y completa, entre otras cuestiones, y el artículo 1100, para contratos de consumo, dispone que la información debe ser provista al consumidor con la claridad necesaria.

El deber de hablar claro deriva del principio de buena fe (primer artículo del capítulo 10), lealtad y corrección,²⁹⁹ y, como consecuencia

²⁹⁹ “Estos deberes [deber de información] coinciden con los correspondientes a la etapa de celebración, pero con una trascendencia mayor, mediante una actitud de lealtad que impone un hablar claro que haga patente a la contraparte de la situación real de las cosas, desengañándola de posibles errores, y, sobre todo, absteniéndose de toda forma de reticencia fraudulenta y de toda forma de dolo pasivo que pueda inducir a una falsa determinación del querer de la contraria. Es decir, que la mentada buena fe exige a las partes expresarse con claridad, empleando expresiones comprensibles y completas sobre la realidad contractual, con una transparencia tal, que tanto en las tratativas previas como en el mismo acto de celebrar la contratación, conduzcan y produzcan una declaración de voluntad común sobre la cual no puedan existir dudas sobre el negocio realizado” (Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael, “Ortiz Ramona y Humberto J. Rodríguez c. Cerro Nevado Aut. SA y Surcred SA” 30/07/2009, La Ley On-line, Cita online: AR/JUR/28002/2009)” (TR LALEY AR/JUR/105567/2017).

de ello, si la redacción genera duda, la interpretación debe favorecer la equidad de las partes.³⁰⁰

II. 2. La nueva redacción favorece el favor debilis en lugar del favor debitoris

El Código de Comercio hacía expresa referencia a la aplicación del favor al deudor, pero en el artículo 1068, en el supuesto que el contrato fuera a título oneroso, corresponde aplicar una interpretación que favorezca el ajuste equitativo de los intereses de las partes.

La doctrina ha observado que inicialmente era la equidad quien guiaba y orientaba a la buena fe y, actualmente, sería la buena fe

³⁰⁰ Las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1997) entendieron que el principio constitucional de igualdad “sirve de fundamento para establecer una base protectoria de la parte débil” y que “la ley debe profundizar la protección de los consumidores, de los contratantes débiles y, en general, evitar todo aquello que tienda a una negociación impuesta y vejatoria” y, concordantemente, que “en los contratos por adhesión a cláusulas generales, predispuestas, o de consumo, la autonomía privada está sometida [además de las reglas generales] al mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio”. Anteriormente, las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, 1989) habían declarado que el principio de igualdad jurídica implica el “respeto de la relación negocial de equivalencia” (de conformidad con BRIZZIO C. R. [2002]. “Los juristas, Los principios generales del derecho”. En *Roma e America*, 13/2002, p. 45). En un sentido más amplio, el exministro Vázquez de la Corte Suprema ha dicho que “los magistrados no pueden ser indiferentes [a la equidad]” (Voto de Vázquez en “Decaical S.A.I.C.A.C. c/ Dirección Nacional Vialidad s/ Revocatoria”, CSJN, 19 de agosto de 1999) y el ministro Belluscio ha declarado que la equidad cuenta con tutela constitucional (Disidencia parcial de Belluscio en “Estado Nacional c/ Univ. Nac. de Luján s/ Aplicación Ley 24.251”, CSJN, 27 de mayo de 1999).

quien guía y orienta a la equidad.³⁰¹ De hecho, al menos en el capítulo de reglas de interpretación de nuestro Código, el primer artículo refiere expresamente al principio de buena fe y solamente en el último artículo aparece mencionada la equidad. No obstante, no por ser el último artículo es el menos importante y así, en esta función de válvula, regula –a mi criterio– los efectos de las distintas interpretaciones previas.

Como consecuencia de ello, la interpretación no resulta a favor del deudor sino del contrayente débil. Y, si ampliamos el texto del artículo 1068 con los fragmentos del Digesto, resulta que la parte débil será quien no estaba en la mejor posición para redactar el contrato, cualquiera fueran las circunstancias, y la interpretación deberá favorecer el reequilibrio del contrato, y por lo tanto, de la equidad.

III. 3. La incorporación en este sentido del nuevo artículo 1068 confirma el criterio romano que las reglas y las normas deben ser producidas, interpretadas y aplicadas siempre y cuando garanticen la realización del bonum et aequum

Entonces, el cierre del artículo estableciendo a la equidad como última medida de calibración de la interpretación funciona, al mismo tiempo, como garante de que las normas positivas guiarán la aplicación de pautas coherentes con el derecho entendido como *arsboni et aequi*.³⁰²

³⁰¹ BUSNELLI, F. D. (2002). “Notas en tema de buena fe y equidad”. En *Roma e America*, 13/2002, pp. 99 y ss.

³⁰² D. 1. 1.

III. Sistema de derecho común

En los códigos modernos, una regla similar ha sido prevista en el Código Civil francés (artículo 1162), mexicano (artículo 1857), uruguayo (artículo 1304), brasileño (artículo 423) y paraguayo (artículo 714), por ejemplo.

Siguiendo al profesor Schipani (1997),

en los códigos modernos, de la edad de las grandes revoluciones, el concepto técnico de “principios generales del derecho” tiene el significado de elementos constitutivos de una realidad (...) es desde allí que sale el criterio de integración de las lagunas de los códigos y de la demás legislación, y de su interpretación en conjunto (...) allí se encuentra el sistema de derecho común al cual acudir para las necesidades de los procesos de integración europea, latinoamericana.³⁰³

En este sentido, el derecho romano actual³⁰⁴ es “base programática fundamental de la unificación latina”.³⁰⁵

IV. Conclusión

Por lo expuesto, creo que una lectura romanista del artículo 1068 podría ser realizada del siguiente modo. Cuando a pesar de las reglas

³⁰³ SCHIPANI, S. (1997). “Principios Generales del Derecho”. En *Roma e America*, 3/1997, p. 22.

³⁰⁴ CATALANO, P. (1990). *Diritto e Persone*, I, Torino: G. Giappichelli, pp. 143 y ss.

³⁰⁵ GUZMÁN BRITO, A. (1972). “La función del Derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica”. En *Segundo Congreso Interamericano de Derecho Romano*, México, 17-21 de julio de 1972.

contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes, debido a que un pacto oscuro o ambiguo no debe favorecer a quien tuvo la potestad de consignar más claramente la ley del contrato.

Sin perjuicio de ello, observamos que el alcance del artículo 1068 en el marco del ius romano permite concluir que: 1) hace referencia al deber de hablar claro, obligación subsumida en el principio de buena fe; 2) privilegia el *favor debilis* al *favor debitoris*; y 3) pone atención a que las reglas y las normas deben ser producidas, interpretadas y aplicadas en tanto garanticen la realización del *bonum et aequum*.

La *Aequitas* aparece en el capítulo de interpretación como una red de contención de toda la estructura escalonada de modos interpretativos para garantizar la cohesión del sistema, porque en mi opinión todas las interpretaciones podrían, en la práctica, quedar expuestas al test de equidad si alguno de los contrayentes alegara duda.

El rol de garantía de cohesión del sistema se refuerza con la ubicación del artículo 1068 dentro del capítulo de interpretación para contratos en general del Código unificado, y esto hace sentido o se encuentra en línea también con el hecho que la buena fe, como principio jurídico, nos viene del *ius gentium*, derecho común a todos los hombres y, por ello, con una vocación universalista.

Concluyo confirmando, entonces, que el derecho romano, constituido *hominis causa*,³⁰⁶ se presenta como sistema idóneo para

³⁰⁶ *Omne ius hominum causa constitutum est* (D. 1, 5, 2; l. 1, 2, 12). Esto también es reconocido por la jurisprudencia argentina: “Poca cosa es conocer el derecho, si se desconocen las personas por cuya causa se ha constituido” (“Stark, Elisa I. E. c/ Raffaeillo, Sergio s/ Daños y Perjuicios”, CNCiv, Sala D); “Todo ello permite concluir que existe una ligazón indisoluble entre el derecho y la justicia y entre el derecho y la salvaguarda de la dignidad humana, que llevará a decir a los juristas romanos

comprender y solucionar las desarmonías que pudieran generarse, puesto que la concepción del *ius* en Roma integra definitivamente los *iura* y las *leges* con el individuo particular en sus especiales circunstancias de tiempo y lugar, con vocación universal y sin definición de tiempo.³⁰⁷ Esto hace vigente aún hoy los preceptos romanos³⁰⁸ y nos exhortan a seguir trabajando en la integración latinoamericana.

que todo el derecho tiene su fin en el hombre" (Inst. lust. 1. 2. 12: *Nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorentur*)" ("T., H. y otra s/arts. 139, 2do. párrafo, y 146 C.P.", CFPen1, San Martín, 1998).

³⁰⁷ SCHIPANI, S. (1996). *La codificazione del Diritto Romano Comune*, 2, Torino: G. Giappichelli, pp. 4 y ss.

³⁰⁸ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 83 y ss.

El carácter monogámico del matrimonio romano y el rechazo a la bigamia

Por Maria Cristina Filippi,³⁰⁹ Laura Echenique³¹⁰ y Lourdes Llorvandi³¹¹

I. ¿Existió en Roma la bigamia? Los casos de Cicerón y Mesalina

El matrimonio romano fue siempre monogámico, ya que según lo explica Gayo en I. 63 “una mujer no puede tener dos maridos a la vez, ni un hombre puede tener dos mujeres a la vez”. Por su parte la bigamia no existía.

¿Cuál es la consecuencia de esto si una persona celebra dos matrimonios, uno después del otro? Pues, o bien que el segundo disolvió el primero, o que, en caso de seguir éste subsistiendo, el último no

³⁰⁹ Doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Titular de Derecho Romano de las Facultades de Derecho de las Universidades Nacional de Córdoba y Católica de Córdoba. Directora del Instituto de Investigación de Derecho Romano Dr. Agustín Díaz Bialet (UCC).

³¹⁰ Abogada. Profesora adjunta en la Universidad Nacional de Córdoba y Profesora titular en la Universidad Católica de Córdoba.

³¹¹ Abogada. Profesora adjunta en la Universidad Católica de Córdoba.

es más que una relación de concubinato. En el primero de los supuestos, en el caso de no haber una notificación formal del repudio, deberíamos llegar a la conclusión que esa notificación se produjo en forma tácita.

Es interesante al respecto mencionar un par de casos. El primero de ellos es referido por Cicerón en *De oratore*. 1. 40. 183; 2. 56. 238. Se trata de un ciudadano romano que, viviendo en Hispania, se casó con una española, pero luego al regresar a Roma dejando a su mujer encinta, contrajo nuevo matrimonio sin haber notificado de su repudio a su anterior esposa. De esta segunda unión nace también un hijo y luego el hombre fallece sin dejar testamento, con lo cual se plantea el problema acerca de cuál de los dos matrimonios es válido. La cuestión tiene su importancia, ya que de su resolución depende si el heredero será el hijo de la primera mujer o si lo serán ambos.

Vamos a suponer que la primera unión constituyó justas nupcias, para lo cual obviamente la española debió haber tenido el *ius connubi*. Como Cicerón da el tema por supuesto, hemos de inferir que sí. Para resolver la cuestión es necesario dilucidar si el hecho de la celebración de nuevas nupcias disolvió las anteriores, caso contrario la segunda unión no habría sido más que un concubinato. Dicho de otra manera, ¿hubo un divorcio tácito?

Retrotraigámonos a la época en que todo esto tiene lugar. En esos tiempos, el matrimonio era una cuestión absolutamente de hecho, bastaba que un hombre y mujer sin impedimentos para casarse entre sí cohabitaran y se trataran recíprocamente como marido y mujer para que se diera por sentada su existencia. De igual manera, para disolverlo no había tampoco formalidades. “Toma tus cosas y vete”, decía el esposo a quien hasta ese momento había sido su cónyuge para que existiese un repudio y la unión quedara disuelta.

Esto va a variar en el futuro, cuando ya habrá formalidades para casarse y, asimismo, para divorciarse o repudiar, caso este último en el que era necesaria una notificación formal. Pero en tiempos de Cicerón este requisito no existía.

La cuestión del valor del repudio hecho sin notificación formal es definitoria si esta última era una formalidad esencial. La primera unión seguiría estando vigente, la segunda habría sido un simple concubinato, y el hijo nacido de ella carecería de derechos hereditarios. Si no lo era, ambos matrimonios habrían sido sucesivamente válidos, y los hijos nacidos en el seno de cada uno de ellos heredarían por igual.

Si consideramos que recién en tiempos de Augusto se estableció que el repudio debía ser notificado formalmente por un liberto ante siete testigos, deberíamos concluir que antes esa formalidad no existía. Agreguemos que, dada la inexistencia total de formalidades para casarse en esa época, en el supuesto de haber existido *affectio maritalis* por parte del varón en la segunda unión, ésta habría debido cesar a su respecto en relación a la primera.

Creemos que aquí radica el meollo de la cuestión. Si esta *affectio maritalis* del marido en relación a la primera de sus cónyuges acabó, dejaron de darse los presupuestos de la unión matrimonial, las justas nupcias se disolvieron tácitamente, y el nuevo matrimonio es totalmente válido. Si por el contrario se mantuvo y ése fue el motivo de la falta de notificación, la segunda unión carece de valor como matrimonio y se convierte en un simple concubinato.

Tal el tema sobre el cual, a nuestro juicio, debieron haberse esforzado en producir prueba los abogados que intervinieron en el litigio que seguramente se tuvo lugar.

El segundo caso del que vamos a ocuparnos es el de Mesalina, la esposa del emperador Claudio, que estando casada con éste contrajo nuevas nupcias con un tal Silio. ¿Implicó esto un repudio o, por el contrario, la unión con el emperador permaneció vigente?

Por supuesto que en primer lugar debemos considerar el hecho de la factibilidad que una mujer repudiase al marido, cosa que comenzó a ser admitida recién en tiempos del Imperio. Hemos de presumir que sí, porque ello es mencionado por Séneca, que falleció en el año 65 d. C. También por Juvenal, aunque éste es posterior y vivió entre los siglos I y II de nuestra era.

El caso de Mesalina es narrado por *Tácito An.* 11, 26 y *Suetonio Clau.* 26. Resulta interesante destacar que este último dice que el emperador devolvió la dote que había recibido de su mujer, lo que podría hacer pensar en la disolución del matrimonio, pero existen otras muchas referencias que contradicen esta hipótesis.

Citemos en primer lugar que eran conocidas las ideas de Mesalina profundamente poligámicas. Ella habría querido casarse con todos sus amantes y estar unida con todos ellos a la vez en matrimonio. Por su parte, Claudio debió considerar el episodio como un mero adulterio, más grave aún ya que fue realizado en público.

Y la solución radica en lo mismo que en el caso anterior. ¿Excluyó este segundo enlace la *affectio maritalis* existente en el primero? Aquí la conclusión por fuerza debe ser negativa, por consiguiente no hubo nuevo matrimonio, simplemente un adulterio.

La pregunta queda en pie: ¿existió en Roma el divorcio tácito generado por una nueva unión matrimonial? ¿Habría existido Roma la bigamia?

En estos dos casos planteados no aparece el delito de bigamia, recién se sienta el criterio en el derecho posclásico, Theodosio y Valentiniano C. 5. 17. 8 pr, y se establece que el primer matrimonio continuara hasta no realizado el divorcio. En la época de Justiniano el castigo podía ser pena de muerte.

II. Principales características del matrimonio en el derecho romano

No es posible analizar el matrimonio en Roma sin conocer las principales características de la familia agnaticia. El matrimonio es parte esencial de ésta y en ese contexto debe ser entendido. Esa particular y legítima unión de un varón y una mujer le dio el fundamento principal a la familia romana agnaticia a través de la patria potestad

sobre los hijos nacidos en ella, así como también la sumisión de la mujer a la *manus* del marido.

Como otras instituciones del derecho de familia en Roma, el *matrimonium* reconoce variaciones en el tiempo. Así, en la época clásica se trató de una situación social, un estatus vinculante que producía efectos jurídicos, pero no por un vínculo contractual ya que, en el derecho romano clásico, el *matrimonium* no se trata de un negocio jurídico del cual surjan obligaciones y, por consiguiente, generador de una *actio*. El elemento característico era la comunidad de vida religiosa y civil debido a la interrelación del derecho divino y humano, que sin embargo no cuenta con una particular regulación jurídica en la legislación de la época.

Los ritos matrimoniales más antiguos eran ceremonias religiosas en las que participaban los sacerdotes, lo que lleva a algunos autores a decir que el matrimonio se aparece como un vínculo religioso, característica que lo acompañará hasta la legislación de Augusto y el derecho romano posclásico ya cristianizado. Será recién en la Edad Media y a partir de la creación del derecho canónico que se disponga de una regulación jurídica matrimonial tal como la conocemos en nuestros días.

Como se ha dicho, el carácter religioso del matrimonio romano se reconoce en la forma matrimonial más antigua, las *nuptiae confarreatae* ceremonia religiosa presidida por un sacerdote de Júpiter y con la intervención del *pontifex maximus*, en la cual los esposos comparten el *panis farreus* como símbolo de la futura comunidad de vida. En este rito, las *nuptiae*, la mujer ingresa a la nueva familia agnaticia bajo la *manus* del marido. La *confarreatio* era tanto el nacimiento de una unión matrimonial como la creación de un vínculo agnaticio para la *uxor*, quien es colocada en posición de hija.

La familia romana arcaica era una comunidad de vida y de culto bajo la potestad de un *pater familias*. Hasta que la familia agnaticia es reemplazada por la cognaticia en el Edicto del pretor a efectos sucesorios, ya que la *hereditas* pasa a ser una sucesión patrimonial

en la pecunia y no en la familia agnaticia, el vínculo agnaticio pierde relevancia. Aunque se conocieron dos formas más de *conventio in manum*, como fueron el *usus* y la *coemptio*, se trató de actos de carácter laico dentro de los actos jurídico-familiares. En tal sentido, los ritos y ceremonias relativos a la familia agnaticia estaban bajo el control de los pontífices, por lo que en tiempos antiguos no fueran analizados por los juristas sino hasta que la familia agnaticia finalmente se transforma.

Como lo explica Torrent Ruiz,³¹² “no encontramos ninguna definición jurídica del matrimonio (dada) por los juristas romanos, sino meras aproximaciones que destacan el hecho de la unidad de vida entre dos seres de sexo diverso”. Así, en D. 23. 2. 1 Modestino afirma: “*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*” (“unión del varón y la mujer, consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano”). Y en I. 1. 9. 1: “*nuptiae autem sive matrimonium est viris et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*” (“matrimonio es la unión del varón y de la mujer que contiene la costumbre indivisa de la vida, o también, dirigida a una unidad de vida”).

Como señala D’Ors,³¹³ “en el concepto romano pagano, hay matrimonio legítimo (*iustae nuptiae*) cuando un hombre (*vir*) y una mujer (*uxor*) que han alcanzado la pubertad y reúnen las demás condiciones legales, conviven con apariencia conyugal honorable (*honor mariti, affectio maritalis*)”, siendo que la honorabilidad del matrimonio se refiere a “la consideración social del mismo, más que en la intención subjetiva. Para ello tienen importancia los actos sociales que inician la convivencia, y también la constitución de la dote”.³¹⁴

³¹² TORRENT RUIZ, A. (2016). *Manual de Derecho Privado Romano*. Madrid: Edisofer, p. 525.

³¹³ D’ORS, A. (2008). *Derecho Privado Romano*. Pamplona: EUNSA, p. 219.

³¹⁴ D’ORS, *op. cit.*, p. 219. El autor refiere que “los actos sociales son principalmente

II. 1. El carácter monogámico del matrimonio romano

El matrimonio romano siempre fue monogámico y solo una convivencia conyugal constituye matrimonio. Dice Gayo en *Institutas* 1. 63: “una mujer no puede, al mismo tiempo, estar casada con dos maridos, ni un varón tener al mismo tiempo dos *uxores*” y en 1. 10. 6: “porque ninguna puede ser mujer de dos maridos a un mismo tiempo”.

El matrimonio romano primitivo se distingue de cualquier unión similar conocida por otros pueblos de la Antigüedad.

Exigía capacidad natural de los contrayentes, la que se presume a partir de la *pubertas* (doce años la mujer y catorce el varón); el *con-nubium* (facultad de tomar *uxor* según el *ius*,³¹⁵ atributo que en sus orígenes solo tenían los patricios y posteriormente, en el 445 a. C., se concedió a los plebeyos), que debía existir recíprocamente entre los contrayentes; y el consentimiento (*consensus*) de los contrayentes entendido en el sentido que ambos permanezcan con la intención de seguir unidos conyugalmente. Al tratarse de una comunidad de vida es un requisito esencial mantener la *affectio maritalis* de manera que cuando esta voluntad cesa, se disuelve el matrimonio. Sin embargo, ninguno de los señalados constituía requisitos formales inexcusables para la existencia del matrimonio, lo que cambia en el derecho posclásico con marcada influencia cristiana es que el matrimonio se ve como un vínculo permanente.

La esencia del matrimonio romano fue el proyecto de vida común, siendo este proyecto esencialmente monógamo como refiere Gayo y se extrae de las *Institutas* de Justiniano ya señaladas. Su fundamento radica en una convivencia continuada y honorable que proporcionaba hijos legítimos, y por tanto, herederos.³¹⁶

dos: una cena en casa de los padres de la novia en la que la familia de la novia entrega ésta al novio, y el traslado en comitiva de la novia a la casa del novio.”

³¹⁵ ULPIANO, 5. 3.

³¹⁶ GAYO, *Institutas* I, 64.

Solo las *iustae nuptiae* permiten tener *pater certus*: “*pater is est, quem nuptiae demonstrant*” (“padre es el que demuestran las nupcias”).

Por ello resulta imposible que una persona casada pueda unirse en matrimonio con otra al mismo tiempo, ya que, o se entendía disuelto por divorcio el primer matrimonio, o bien, de no darse ese supuesto, había una situación de concubinato entre el cónyuge y la nueva persona (una tercera y nueva persona).

Como refiere Cicerón,³¹⁷ hubo gran discusión entre los juriscónsultos para determinar la necesidad (o no) de ciertas formalidades al tiempo del divorcio, las que pudieron ser carentes de mayores requisitos y del modo que refiere Gayo en D. 24. 2. 2. 1 en el título “De los divorcios y de los repudios”, cuando dice: “*In repudiis autem, id est renuntiatione comprobata sunt haec verba: ‘tuas res tibi habeto’, item haec: ‘tuas res tibi agito’*” (“más respecto a los repudios, esto es, a la renuncia, se admitieron estas palabras: ‘ten para ti tus cosas’, y también éstas: ‘cuídate tus cosas’”).

Por su parte, en D. 24. 2. 9 se requiere la comunicación del divorcio en presencia de siete ciudadanos púberes además del liberto de quien propusiera el divorcio. Aunque de no realizarse de tal forma, la ley no prevé que el matrimonio continúe, sino que se lo entiende disuelto imponiendo al cónyuge que incumplió las formalidades ciertas penas. En tanto, en D. 38. 11(12). 1. 1, citando a la *Lex Iulia de adulteriis*, “la Ley Julia sobre los adulterios tiene por no hecho el divorcio si no se hubiera hecho de cierto modo”, es recién a partir de dicha ley (*Iulia de Adulteriis*) que se exige cumplir con ciertas formas

³¹⁷ CICERÓN, *De oratore*, I. 56. 238: “*Nam, quod maximas centumviralis causas in iure positas protulisti, quae tandem earum causa fuit, quae ab homine eloquenti iuris imperito non ornatissime potuerit dici? Quibus quidem in causis omnibus, sicut in ipsa M. Curi, quae abs te nuper est dicta, et in C. Hostili Mancini controversia atque in eo puero, qui ex altera natus erat uxore, non remisso nuntio superiori, fuit inter peritissimos homines summa de iure dissensio*”.

para que el divorcio sea efectivo, ello a fin de evitar que el matrimonio consiguiente sea tenido como adulterio. Debe recordarse que en el derecho clásico el divorcio era libre y no exigía ni forma ni causa y que las formas aparecen recién en el derecho posclásico y a fin de contraer un nuevo matrimonio, ocupando desde esta última época un carácter secundario el que fuera requisito esencial en el matrimonio clásico, esto es, la constante voluntad conyugal.

A partir del derecho posclásico y en tiempos de Justiniano, el matrimonio es más difícil de disolver. Con Constantino se inicia un movimiento legislativo adverso al divorcio unilateral, vale recordar los requisitos que impone para permitir el divorcio, como que el marido fuese un homicida, un hechicero o un destructor de tumbas, o la mujer una adúltera, una hechicera o una alcahueta (C Th 3. 16. 1 del año 331 d. C.). Las expresiones usadas en el texto de la Constitución imperial parecen redactadas no por la cancillería imperial, sino por el ambiente eclesiástico cristiano castigando gravemente al cónyuge que se divorcia unilateralmente fuera de las *iustae causae* taxativamente determinadas ya señaladas. Por su parte, el divorcio bilateral es plenamente libre y no queda sometido a ninguna sanción.

En el año 449, los emperadores Teodosio y Valentiniano,³¹⁸ tomando el sistema de Constantino, aumentan a catorce las referidas *iustae causae* para el hombre y para la mujer.

Así, para la mujer, que su marido sea adúltero, homicida, envenenador, que maquine contra el Imperio, que sea condenado por crimen de falsedad o violador de sepulcros, que sustraiga cosas en los edificios sagrados, que sea ladrón, encubridor de ladrones, cuatrero, plagiaro, que se reúna en su casa con mujeres impúdicas, o que atente contra la vida de su esposa con veneno, puñal o de otro modo o que castigue a su esposa.

En el caso del marido, que su mujer sea adúltera, envenenadora,

³¹⁸ C 5. 17. 8.

homicida, plagiaria, profanadora de sepulcros, que sustraiga cosas en los edificios sagrados, que sea encubridora de ladrones, que asista a banquetes ignorándolo o contra su voluntad, igualmente si contra la voluntad del marido pernocta sin causa razonable fuera de casa, también, si prohibiéndoselo el marido asiste a espectáculos del circo o teatro, si atenta contra la vida del esposo con veneno, puñal o de otro modo, igualmente, si es cómplice de maquinación contra el Imperio, o si interviene en un crimen de falsedad o, en último caso, si le levantara la mano.

En el año 533, Justiniano añade otras causas de repudio a cargo de la mujer: el intento de aborto, tomar el baño en el edificio de los hombres y buscarse otro marido viviendo el primero. Estableció además que, si no existían ni la dote ni la donación nupcial, el cónyuge culpable debería remitir al otro (en plena propiedad si no había hijos, en usufructo si los había, reservando a éstos la nuda propiedad) la cuarta parte de su patrimonio, sin que se pudiese superar nunca la cifra de las cien libras de oro.

El 18 de enero del 535, en la Novela 22, Justiniano confirma las *iustae causae* y las penas patrimoniales fijadas que habían sido establecidas en la Constitución de Teodosio y la suya propia, repitiendo reiteradamente disposiciones precedentes, clasificándolas en cuatro categorías: por común acuerdo, por causa inculpable o divorcio *bona gratia* (cuyas causas citadas en la Novela 117 son: la impotencia del varón, la entrada en la vida monástica de uno de los cónyuges y la cautividad de uno de ellos), el divorcio sin causa y divorcio con causa justa.

La Novela 117, por su parte, reorganiza toda la materia del divorcio, produce una importante modificación y en su capítulo 12 Justiniano deroga expresamente todas las causas establecidas por leyes anteriores (propias o de otros emperadores), y en los capítulos 8 y siguientes dispone las causas para el repudio repitiendo las antiguas.

La importancia de la Novela 117 (capítulo 10) radica en que Justiniano cambia los principios del derecho clásico en orden al matrimonio

romano, prescribiendo que aún en el divorcio por mutuo consentimiento de ambos cónyuges, debe ser castigado con las mismas sanciones establecidas para el repudio cuando ocurriera fuera de las justas causas allí enunciadas, con excepción del supuesto del voto de castidad de uno de los cónyuges. La severidad de la Novela 117 provocó que fuera derogada por el sucesor de Justiniano, Justino II, en el 556.

No obstante las previsiones de la Novela 117, el derecho justinianeo mantuvo los principios del derecho clásico considerando válido el divorcio prohibido y sancionado con determinadas penas, permitiéndose a los cónyuges contraer un nuevo matrimonio, ya que fue recién el derecho canónico quien abandonó dichos principios.

III. El carácter monogámico del matrimonio y el rechazo a la bigamia en la legislación nacional

III. 1. Ley 2393

La primera redacción del Código Civil, en 1867, solo contemplaba el matrimonio religioso, celebrado por ministros o sacerdotes, lo que ocasionó un gran revuelo incluso para la época en la que se sancionó.

El descontento social fue de tal magnitud que se tornó imperante realizar una reforma. Ésta llegó con la Ley 2393 del año 1889, en la cual se regula por primera vez el matrimonio civil en la república.

Es importante a los fines de la presente investigación tener en cuenta estos hitos, ya que, desde su primitiva redacción, nunca se estableció en nuestro sistema jurídico un concepto de matrimonio, pero se marcaron pautas o requisitos indispensables e ineludibles para la conformación de éste. Entre estas exigencias, lo que siempre se puso en relieve es que debe realizarse por dos personas, las cuales hasta este momento debían ser indefectiblemente un hombre y una mujer,

cuestiones que son fácilmente palpables en múltiples artículos a lo largo de esta ley y posteriores legislaciones.

En cuanto a esta ley, particularmente merecen ser destacados artículos como el 9, que nos expresa como impedimento matrimonial el “matrimonio anterior mientras subsista”, tal y como veremos más adelante, que se mantiene a lo largo de toda la legislación argentina, llegando hasta nuestros días inclusive.

El artículo 55 de la ley bajo análisis impone como deber del matrimonio la fidelidad mutua, e incluso va más allá, al extremo de establecer que la infidelidad de uno no autoriza al otro a actuar de la misma forma, llegando a establecer la acción de divorcio como sanción a su obrar, en concordancia con lo normado por el artículo 72, inciso 1, que habilita, como causal de divorcio, el adulterio cometido por cualquiera de los cónyuges, sea por parte de la mujer o el marido.

En múltiples pasajes queda plasmado que la acción civil de divorcio se puede ejercer sin perjuicio de las acciones penales que pudieran corresponder, acorde se verá más adelante.

Finalmente, el artículo 91 reza: “La acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sino en la vida de los dos esposos; uno de los cónyuges puede, sin embargo, deducir en todo tiempo, la que le compete contra un segundo matrimonio contraído por su cónyuge; si se opusiere la nulidad del primero, se juzgará previamente esta oposición”. Determina dos cuestiones de suma importancia. La primera de ellas, en cuanto a ser el único artículo que utiliza la expresión “dos esposos”, buscando disipar cualquier duda que pudiera haber quedado de que no se concibe a la institución del matrimonio con ninguna otra conformación que no sea de dos personas, de distintos sexos como ya se ha dicho. En tanto, la segunda refiere a la importancia que el legislador le ha dado a la monogamia como cuestión de orden público, debiéndose mantener un único matrimonio válido, que se ha regulado la acción de nulidad sin límite temporal alguno, sin caducidad, pudiéndose plantear durante toda la vida de

los cónyuges y siendo una de las pocas acciones en nuestra legislación que contaba con esta característica, marcando de esta forma un claro repudio a la bigamia y una fuerte política de Estado respecto del tema.

Según se viene analizando, estaríamos en condiciones de afirmar que en caso de superposición de dos matrimonios, el primero temporalmente hablando prevalece al segundo. Ahora bien, cuando una situación de hecho como la convivencia (o concubinato) se superpone al matrimonio, ¿cuál de ellos prevalecerá? En un fallo de la Cámara Nacional Civil (CNCiv, Sala F, 18/6/84, L.L, 1984-D-576) se anuló el matrimonio contraído por quien, según se probó, sostenía y siguió sosteniendo relaciones amorosas y sexuales con otra mujer y, además, manteniendo un hogar estable con ella. En el caso, el tribunal hizo mérito de los fines del matrimonio en cuanto implica un proyecto de vida común, asentado en la singularidad de las relaciones amorosas y sexuales que exige, entonces, el desarrollo de la vida en un solo hogar que es compartido por los esposos. El ocultamiento de otro hogar estable con la concubina fue reputado, de tal modo, como dolo determinante de un consentimiento matrimonial viciado, pues ha de estimarse que la esposa, de haber conocido el estado de cosas, no habría consentido en casarse.

III. 2. Código Civil (Ley 23.515) del año 1987

Varios autores, al referirse al matrimonio, hablan de la “institucionalización de la unión intersexual monogámica”, ya que entienden al matrimonio como una institución social, constituida por ideales de donde se extraen nociones como las de “marido”, “mujer” e “hijos” y entienden que estos principios sociales son los que obligan al derecho positivo a tomar participación en el tema, dándole forma de un contrato social.

Específicamente, al tema que nos convoca lo podemos encontrar

dentro del libro primero, sección segunda, título I, capítulo VIII, del Código Civil, titulada “Derechos y deberes de los cónyuges”, artículo 198, que enuncia como deberes mutuos de los esposos: la fidelidad, la asistencia y los alimentos. Nos detendremos en el primero es ellos. La fidelidad es entendida por el Código en un sentido amplio como sinceridad, respeto, lealtad, que no requiere del mutuo afecto entre los esposos pero sí el cumplimiento de este deber. En un sentido más estricto, se lo suele definir como la entrega de los cuerpos a través de la sexualidad, la exclusividad del débito conyugal respecto del otro cónyuge, renunciando a su libertad sexual, fundamento para que luego el incumplimiento de este deber conlleve una sanción.

Reforzando lo antedicho, el Código es muy claro al establecer que mientras subsista un vínculo matrimonial anterior, resulta imposible contraer uno nuevo. En ese caso, el nuevo sería sancionado con la pena máxima prevista por nuestro ordenamiento jurídico civil como lo es la nulidad absoluta del acto jurídico (conforme artículo 166, inciso 6, del Código Civil).

Asimismo, se prevé la inoponibilidad de instituciones contrarias a la ética que guía a nuestro Código, por lo que no se reconocen prácticas como la bigamia, la poligamia, la poliandria o cualquier otra que implique la inclusión de más de dos personas en la institución del matrimonio o de varios matrimonios simultáneos, incluso si ellos hubieren sido celebrados conforme las leyes de su país, por ser consideradas opuestas al orden público familiar argentino. Esto se expresa en el artículo 14, incisos 1 y 2, del Código Civil: “Las leyes extranjeras no serán aplicables: 1) Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República a la religión del Estado a la tolerancia de cultos o la moral y buenas costumbres; 2) Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este código.” Incluso en su nota, Vélez nos brinda como ejemplo “2) como las leyes de los países en que la bigamia es permitida, cuando en la Republica es un crimen”.

Es notorio entonces el repudio que generaba la idea de la bigamia en la sociedad y la doctrina jurídica de la época.

III. 3. El Código Civil y Comercial de la Nación

Al hablar del carácter monogámico del matrimonio, lo primero que encontramos en nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación es el artículo 402 sobre la interpretación y aplicación de las normas que integran este título, que disipa cualquier duda en su última oración al disponer “sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”. De ello se derivan dos conclusiones claras: la primera es que el matrimonio solo puede ser constituido por dos personas y la segunda es que, ahora sí, el Código permite que éste sea constituido por personas sin importar su sexo, a diferencia de lo que se vio anteriormente.

Seguidamente, el artículo 403 detalla los impedimentos matrimoniales, lo cual, como se viene relatando, es una cuestión que se ha mantenido a lo largo de la historia de nuestro país.

Si hablamos de impedimentos, se hace referencia a obstáculos o restricciones a la libertad de casarse. De esta forma, se busca la protección de diversos derechos, dentro de ellos, el que se encuentra en el inciso d) del artículo de mención y que nos refiere al “matrimonio anterior, mientras subsista”, en clara concordancia con la cultura monogámica que rige en Occidente y que se arraiga con la incidencia del cristianismo en nuestras costumbres. En efecto, para la cultura cristiana el matrimonio es concebido como la unión entre dos personas, sin ningún tipo de cuestionamientos al respecto, de forma tal que, como se ha dicho ya, nunca se ha visto la necesidad de definir la institución.

En este sentido, nuestro sistema castiga la subsistencia del matrimonio anterior anulándolo como acto jurídico, por estar comprometidos el orden público y las buenas costumbres, tal como lo estipula

el artículo 424. Aquí se diferencia si el cónyuge era de buena o mala fe, o sea, si sabía de la existencia del impedimento o no. En caso de buena fe, el matrimonio sí produce efectos sobre él o los cónyuges que lo supieran, hasta el día de la sentencia que declare la nulidad, y en caso de mala fe, el matrimonio anulado no produce efecto alguno. Esto tendría incidencia sobre todo en la extinción de la comunidad de ganancias del matrimonio, como señala el art 504 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Idéntica solución propone el artículo 2622 de nuestro Código Civil y Comercial cuando expresa que no se reconocerá ningún matrimonio celebrado en el extranjero si mediaren alguno de los impedimentos que enumera, entre ellos la subsistencia de matrimonio anterior. Es así que se plantea la acción de nulidad de matrimonio “de primer grado”, la cual continúa siendo imprescriptible, para cuestionar la validez del vínculo que se ha celebrado sin cumplir alguno de los requisitos que exige la ley del lugar de celebración. La declaración de nulidad en este caso tendrá repercusión internacional, ya que surtirá efectos en el país en el que se declare su nulidad y facultará a no reconocer dicho matrimonio en el país que se buscaba su reconocimiento.

Al referirnos a la monogamia en el ámbito jurídico, una de las principales consecuencias deseadas es poder dar certeza en el parentesco al momento de establecer la filiación. De todos modos, podemos ver cómo nuestro ordenamiento jurídico se contradice al afirmar la monogamia como uno de los requisitos del matrimonio válido, pero ha suprimido de su articulado a la fidelidad como deber jurídico del matrimonio, y solo lo ha dejado como deber moral.

Esto responde a un cambio de paradigma que presenta el nuevo Código Civil y Comercial, en el cual se pueden destacar tres importantes modificaciones en este sentido. En primer lugar, la fuerte impronta del Código en cuanto a la preponderancia de la autonomía de la libertad, lo que lleva a entender al matrimonio como un contrato en el cual las partes pueden fijar las reglas y establecer cuáles serán los deberes conyugales que se comprometen a respetar,

pudiendo de esta forma estar incluida la fidelidad o no. Por otro lado, al eliminarse las causales de la separación vincular y del divorcio e implementarse el divorcio incausado, se ha tornado abstracto el concepto jurídico de infidelidad. Finalmente, este nuevo Código tiene en cuenta posturas y reclamos sociales que buscan modificar, modernizando, algunos caracteres de la concepción clásica que se tiene de la familia.

Otra de las implicancias de haber decidido no definir la institución del matrimonio es que permite la libre interpretación de la institución, y con ello, el planteo de interrogantes que deben ser respondidos por los operadores jurídicos.

A lo largo del trabajo se ha referenciado alguno de ellos, como la modificación de la concepción de un matrimonio entre un hombre y una mujer, a aceptarse en esta institución la unión de dos personas sin importar su sexo. Hoy otro planteo comienza a resonar y a ocupar lugar en los tribunales y reparticiones administrativas, y es el concepto de poliamor, por el cual se han dado en estos últimos años a lo largo del país algunos casos en lo que se solicita la ya conocida “triple filiación”, institución que si bien no está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, tampoco está prohibida por él.

Por lo que es de suponer que no se harán esperar demasiado nuevos cambios de paradigma en esta institución.

III. 4. Código Penal

Sobre este punto haremos una breve referencia al respecto, pues vale destacar que nuestro ordenamiento jurídico también prevé sanciones penales como método para disuadir comportamientos consistentes en contraer matrimonio existiendo un impedimento que cause su nulidad absoluta.

En su libro segundo, título IV, el Código Penal establece los “Delitos contra el estado civil”, dividiéndolo en dos capítulos de “matrimonios

ilegales” y de “supresión y suposición del estado civil y de la identidad”. Dentro del primero, el artículo 134 pena la conducta de dos personas que celebren matrimonio conociendo el o los impedimentos absolutos que tornen inválida dicha unión. En cuanto a su tipicidad subjetiva, se trata de un delito que exige dolo directo al requerirse la participación necesaria de ambos contrayentes. Se trata de un delito de consumación instantánea y sobre el que no se acepta su tentativa.

En cuanto al artículo 135, en su inciso 1 se puede establecer que el bien jurídico protegido sigue siendo el mismo que en el artículo anterior, al igual que la conducta desplegada, con la diferencia de que en este caso solo uno de los contrayentes debe conocer la causal de nulidad absoluta que torna imposible la validez del matrimonio, ocultándola al otro contrayente hasta luego de la celebración del mismo. En cuanto al inciso 2, se pune la conducta consistente en simular matrimonio con el sujeto pasivo. La simulación se refiere a las formalidades esenciales para la celebración de un matrimonio válido y su registración.

IV. Conclusiones

Luego del análisis realizado, el carácter monogámico del matrimonio romano subsistió durante su evolución según las distintas épocas descritas y, como los casos narrados, uno citado por Cicerón, como el de Mesalina. La bigamia como delito sin embargo no se regula como tal, según la escasa regulación y legislación al respecto. Recién en el derecho posclásico se regula la bigamia, pero en todo tiempo, aún en los más antiguos, el matrimonio romano fue una institución tenida como profundamente monogámica. Vemos así, en el análisis de la legislación civil y penal de nuestro ordenamiento jurídico nacional, cómo en el derecho romano se encuentra el origen de esta nota característica del matrimonio romano, llegando así a nuestra

legislación con mención específica en las normas vigentes, partiendo del Código velezano hasta llegar al Código Civil y Comercial de la Nación que rige en la actualidad.

V. Bibliografía

ABOSO, G. (2021). *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado, con jurisprudencia*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF.

ALEGRIA, H. e MOSSET ITURRASPE, J. (2016). *Derecho de Familia. I. Relaciones entre padres e hijos*. Tomos I y II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

ARANGIO RUIZ V. (1973). *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma.

BONFANTE, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Reus.

CICERON, M. T. (1951). *Obras escogidas*. Buenos Aires: Ateneo.

D’ALESSIO, A. (2009). *Código Penal comentado y anotado. Segunda edición, comentada y ampliada*”. Buenos Aires: La Ley.

DAYENOFF, D. E. y KOFFMAN, H. A. (2016). *Código Penal. Comentado, anotado con jurisprudencia*”. Buenos Aires: García Alonso.

DI PIETRO, A. (1996). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma.

- D'ORS, A. (1981). *Derecho Privado Romano*. Pamplona: EUNSA.
- FUENTESECA P. (1978). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Autoedición.
- GARCÍA DEL CORRAL, I. (1892). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona: Jaime Molinas.
- LORENZETTI, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomos II, III y XI. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- MAYNZ, C. (1892). *Curso de Derecho Romano*. Barcelona: Jaime Molinas.
- SUETONIO (1969). *Vida de los Doce Césares*. Madrid: Aguilar.
- TACITO, G. C. (1944). *Los Anales*. Buenos Aires: Albatros.
- TAVIP, G. (2020). *Aspectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones convivenciales*. Tomo II. Córdoba: Advocatus.
- TORRENT RUIZ A. (2008). *Manual de Derecho Privado Romano*. Madrid: Edisofer.
- KASER, M. (1982). *Derecho Privado Romano*. 5ª edición alemana traducida por Jose Santa Cruz Tejeiro. Madrid: Reus.
- ZANNONI, E. (1998). *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Tomo 1. Buenos Aires: Astrea.

La “responsabilidad” del arrendador y la asunción de los riesgos como criterio de imputación

Por Darwin André Fuentes Coaguila³¹⁹

I. Resumen

¿El arrendador es responsable por un evento de causa no imputable? ¿Cómo entender el término “responsabilidad” empleado en supuestos contradictorios en el Digesto? ¿Las categorías del derecho romano tienen incidencia en la contratación contemporánea? Preguntas como éstas nos advierten y nos hacen reflexionar en la

³¹⁹ Abogado por la Universidad Privada de Tacna (UPT). Estudios de maestría en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Abogado en el área de litigios en el Estudio Campos & Salas. Abogados y Consultores SAC. ORCID: 0009-0002-3237-2223. Contacto: darwinandreFC@gmail.com.

importancia que tiene el estudio de las obligaciones y la responsabilidad en el derecho romano debido a su vigencia en la actualidad. Veremos cómo el estudio de las reglas del riesgo de la cosa ha sido regulado en el Digesto en particular, en el contrato de arrendamiento.

Así entonces, por medio de un desarrollo argumentativo, nos centraremos en: 1) una noción de incumplimiento subjetiva, esto es, aquella que, para su configuración, exige de la imputación al deudor, con la consecuente responsabilidad, distinto de un escenario de riesgo contractual, que tiene presencia cuando acaece un evento de causa no imputable que determina la imposibilidad de pagar las obligaciones, ambos escenarios veremos, si bien hay daños generados pero tienen consecuencias distintas, lo que puede también ser modificado a través del pacto contractual al ser el riesgo una asunción que es de naturaleza dispositiva para las partes, por lo cual se podrá verificar también en esta investigación; 2) cómo es que el pacto contractual a través de la asunción convencional de los riesgos permitirá insertarnos en un escenario de responsabilidad pese a que la insatisfacción del interés del acreedor se debe a una causa no imputable a su deudor; y 3) gracias a las ideas precedidas lograremos diferenciar los escenarios de riesgo y de responsabilidad, para tener presentes sus distintas consecuencias, y así, poder hacer un reparo cuando en el Digesto se emplea el término de “responsabilidad” en el contrato de arrendamiento.

Palabras clave: riesgo; incumplimiento; *praestare*; arrendamiento

I. Introducción

Los juristas romanos supieron distinguir los escenarios de incumplimiento contractual y del riesgo. En el caso del incumplimiento contractual, fue entendido como un supuesto de responsabilidad

civil del deudor sea en cualquier tipo negocial celebrado, invisto bajo el principio del *pacta sunt servanda*. En cambio, en el caso del riesgo nos encontraremos ante un escenario de no cumplimiento de las obligaciones debido a un hecho exógeno y extraño a la esfera de control del obligado que le impida cumplir con sus obligaciones.

En estos escenarios las consecuencias son totalmente distintas. A pesar de que estemos ante un daño en ambos supuestos, las reglas se regirán por criterios distintos. En ese sentido, para poder diferenciar ambos supuestos y sus consecuencias, las fuentes romanas (D. 19, 2, 15, 2;³²⁰ D. 19, 2, 9, 3³²¹) referidas al contrato de arrendamiento y al acaecimiento de un *casus* utilizan el término “responsabilidad” del arrendador y del arrendatario, por lo que corresponde hacer un reparo en cuanto al uso de la terminología a fin de diferenciar adecuadamente estos escenarios.

La responsabilidad del arrendador ante un hecho sobrevenido temporal (D. 19, 2, 15, 2) no debe ser entendida como un supuesto de incumplimiento de éste, sino que responderá por los daños ocasionados del riesgo asumido por el caso fortuito o fuerza mayor que impida el cumplimiento de su obligación de mantener

³²⁰ ULPIANO (comentarios al Edicto, libro XXXII) D. 19, 2, 15, 2. “Si hubiere sobrevenido fuerza temporal calamitosa, veamos si el arrendador deberá ser responsable de algo al arrendatario. Servio dice, que el dueño debe ser responsable al colono de toda fuerza que no pueda resistirse, como por ejemplo, de ríos, de grajos, de estorninos, y si alguna otra cosa semejante hubiere acontecido, o si se hiciera incursión de enemigos; (...)”

³²¹ ULPIANO (comentarios al Edicto, libro XXXII) D. 19, 2, 9, 3. “Si en un pacto de la locación se les previno a los colonos de los predios que tuvieran el fuego en modo que no causara daño, si verdaderamente un caso fortuito hubiera sido causa de un incendio, no responderá del riesgo el arrendador; pero si por culpa del arrendador, de la cual hay necesidad de responder, se hubiere causado el daño, quedará obligado.”

al arrendatario en el uso y provecho de bien solo en el estricto sentido de asumir el riesgo (*damnum domini*) por el acaecimiento del hecho extraño y exógeno a las partes. Pero no responderá por algún incumplimiento a favor del arrendatario porque la insatisfacción de su interés no le es imputable al arrendador, no debiendo resarcir los daños generados toda vez que no estamos ante un escenario de responsabilidad, sino más bien de riesgo.

En ese parecer, cuando se menciona que ante un caso fortuito el arrendador es responsable frente al colono por la imposibilidad de poder usar y disfrutar el inmueble, cuando es, en realidad, un supuesto de caso fortuito, la suerte del contrato se regirá por el *periculum*, en caso de que acontezca un caso fortuito que impida que el arrendatario (conductor) pueda usar y disfrutar la cosa, a diferencia de otro supuesto (D. 19, 2, 9, 3) que regula la responsabilidad del arrendatario pero no por el *periculum* sino por la responsabilidad civil que asumió de forma convencional y que de forma previa se pactó el aseguramiento del riesgo por caso fortuito, respondiendo y siéndole imputable el incumplimiento de la obligación de *praestare* propia de la cobertura de riesgos, incluso ante aquellos acontecidos por caso fortuito y fuerza mayor si así se pactara.

II. La imputación en la responsabilidad civil en el texto de Ulpiano D. 50, 7, 23

El derecho romano es el principal punto de partida a fin de comprender las categorías jurídicas que en la actualidad mantienen presencia, sea para fortalecerlas o para abandonarlas según los nuevos movimientos en un mercado contemporáneo.

Ha sido siempre una referencia de estudio el texto de Justiniano recogido en D. 50, 17, 23 que señala lo siguiente:

Algunos contratos tan solo exigen la responsabilidad por dolo malo y otros por dolo y culpa: por tan solo dolo, el depósito y el precario; por dolo y culpa el mandato, el comodato, la venta, la prenda, el arriendo, así mismo la dación de dote, la tutela, la gestión de negocios, en los cuales se exige también la diligencia; la sociedad y la copropiedad exigen también la diligencia; la sociedad y la copropiedad exigen la responsabilidad por dolo y culpa. Pero esto es así siempre que no se haya convenido una responsabilidad mayor o menor en el contrato que sea, pues debe observarse lo que ha convenido en un primer momento, excepto lo que cree Celso que no vale, de convenir que no se responda por dolo, pues esto es contrario a los juicios de buena fe, y así se observa en la práctica. De los accidentes y la muerte de los animales, si suceden sin culpa, así como de las fugas de los esclavos que no suelen estar atados, de los robos, tumbos, incendios, inundaciones y asaltos de bandidos, no responde nadie.

Ubicado dentro de las reglas y los principios del Digesto, nos trae lo que sería el fundamento de la responsabilidad civil vista hasta hoy como el eje central, enfocando la responsabilidad al incumplimiento del deudor sobre el cual se observa el comportamiento que tuvo al desligarse de forma imputable del programa contractual, sea como señala la cita, por dolo o culpa.

El punto de partida de los juristas antiguos, para el estudio y elaboración de la noción de responsabilidad, lo constituye el término *iniuria*, que aparece en la Ley Aquilia, y que se entendió como la calificación que se da a un comportamiento desplegado por alguno que ha causado un daño, comportamiento ilícito, o, si se quiere, que no tiene justificación jurídica.³²²

En ese sentido, es importante verificar que la *iniuria*, como detalla

³²² CORTÉS, E. (2009). *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*. 2ª edición. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, p. 71.

la cita en el Digesto, comenzó a ser extrapolada en el ámbito contractual, para después dar forma a la culpa contractual como un criterio de imputación –subjetivo, diríamos hoy– de responsabilidad civil, el mismo que deberá ser un comportamiento donde el deudor no haya tenido alguna excusabilidad para provocarlo, esto es, sin que medie alguna justificación de su desviación.

Otro texto que suma y va en la misma línea de pensamiento es en el contrato de comodato (D. 13, 6, 5, 2), donde se ha de responder por la restitución de la cosa, pero resaltando que el deudor responderá en función a la desviación de su comportamiento.

En ese sentido, consideramos que el incumplimiento es subjetivo, “propio de la regla general de la tradición romanista, exige como presupuesto el examen de la diligencia del deudor, la naturaleza de la prestación a la que se obliga y su correlación con el carácter subjetivo u objetivo de responsabilidad”.³²³ Consecuentemente, a fin de determinar una situación de incumplimiento, deberá analizarse la imputabilidad y, en ese análisis, verificar si la desviación de su conducta tuvo una causa en su esfera de control o fue una causa extraña a él, por lo que, de estar en el primer escenario, estaremos ante un supuesto de responsabilidad civil. De estar ante el segundo, el escenario será uno de riesgo al encontrarnos ante una causa no imputable, lo que los romanos denominaban mayoritariamente como *casus* o *vis* (C. 4, 24, 6). De hecho, los romanos relacionaban al caso fortuito con los desastres naturales y a la fuerza mayor con los actos vandálicos (D. 44, 7, 1, 4), y en cuanto al origen de su concepción, “el caso fortuito se plasmó a partir de las creencias divinas y sobrenaturales de los

³²³ NEME VILLARREAL, M. y CHINCHILLA IMBETT, C. (2020). “El incumplimiento en la reforma del Código Civil francés no constituye un modelo a seguir que permita la cabal funcionalidad del incumplimiento en el sistema jurídico colombiano”. En RIAÑO SAAD, A. y FORTICH, S. (eds.). *La reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones ¿fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano?* Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, p. 212.

antiguos griegos y romanos”.³²⁴ Es además necesario añadir que no respondía quien se veía impedido de cumplir con su prestación por una *vis* o *casus* (D. 50, 8, 2, 7), debiendo ser este evento imprevisible e inevitable o irresistible (D. 19, 2, 15, 2).

III. La regla del *damnum domini* y el *periculum emptoris*

Ahora bien, el escenario en el que el deudor no ejecute a cabalidad su obligación por una causa que no le es imputable, surgirá necesariamente con el reparto de los riesgos en la relación contractual. Asumir un riesgo significa designar sobre cuál parte pesarán las consecuencias de la pérdida de la prestación o de la cosa que estaba en sus manos, cuando no estamos ante un juicio de reprochabilidad.

Recordemos que el *periculum* nos ayuda a determinar “cuál de las dos partes contratantes debe asumir el riesgo de perecimiento o deterioro del objeto de una de las prestaciones debidas, cuando esta pérdida o daño se deba o derive de un hecho que no pueda ser imputado a ninguno de los contratantes”.³²⁵

Los romanos tenían la noción de que la propiedad de la cosa definía quién asumía el riesgo por su pérdida, destrucción o deterioro por una causa no imputable, por lo que era el *domino* quien debía asumir la pérdida del bien porque al tener el señorío sobre ella debía hacerse cargo (*damnum domini*). Hay entonces distintas citas romanas, por mencionar algunas, la referida a la pérdida del trigo cuando la nave

³²⁴ DE NARDI, L. (2020). “El caso fortuito: fundamentos culturales y religiosos de una categoría jurídica y de una cosmovisión”. En *Derecho PUCP*, N.º 84, p. 338.

³²⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. (2007). *Sistema Contractual Romano*. 3ª edición. Madrid: Dykinson, pp. 249-250.

habría perecido en el mar y la cosa al ser de género (D. 19, 2, 31), el transportador responde por ellas al ser el propietario, cuando por la muerte del esclavo responde el dueño (comodante) salvo estemos ante un escenario de culpa del comodatario o a alguna exposición ocasionada por este último (D. 13, 6, 5, 7) sobre la cosa prestada pero que después habría sido perdida por una fuerza mayor (D. 13, 7, 30). Y en la cita que vendría a ser referida al contrato de arrendamiento que señala que el arrendador será responsable incluso ante una causa no imputable, en razón de que al ser dueño del fundo sobre él pesa el riesgo del mismo (D. 19, 2, 15, 2).

“La *ratio* que se encuentra en la base de la regla *damnum domini*, que en ocasiones incluso abarca eventos de fuerza mayor, por virtud de la cual estos riesgos resultan atribuibles al *praestare* del *dominus*”.³²⁶ Así entonces, la regla según la cual el riesgo es del propietario implica que éste último no pueda colocar el riesgo de la seguridad de la cosa en su contraparte ante el acaecimiento de un caso fortuito o fuerza mayor, porque no es la dueña de la cosa. Estos riesgos que pesarán en cabeza del *domino* son los que asumirá económicamente ante el evento imprevisible e inevitable sin responsabilidad alguna, caso contrario cuando el evento impeditivo fue asumido por él, al haber estado en el alea normal del contrato, previsible en ese sentido y susceptible de ser mitigado, habrá responsabilidad civil por estar ante un supuesto de incumplimiento y no de riesgo. Según Cardilli (2013),

la *ratio* que se encuentra en la base de la regla *damnum domini* y de la atribución del *praestare* al *dominus* radica en una acentuación de la relación de *dominium* que vincula al contratante con la *res*, en donde es la valoración

³²⁶ NEME VILLARREAL, M. (2008). “Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa.” En *Revista de Derecho Privado*, Nº 15, pp. 62-63.

del *oportere* en términos de *fides bona* la que en estos casos viene a impedir, de un lado, que el contratante *non-dominus* se haga cargo de ciertos peligros, y de otro, a permitir que de ellos se haga cargo el *dominus*.³²⁷

También es importante señalar que cada operación económica contemplada de forma expresa, lo que hoy llamaríamos tipo contractual, tiene una disciplina jurídica en materia de riesgo contractual. Por ejemplo, en el contrato de permuta el riesgo de la pérdida del esclavo era del deudor, optando por el *res perit debitori* (D. 12, 4, 16), a diferencia del contrato de compraventa y, por ende, del arrendamiento también, como de muchos otros tipos contractuales, donde el riesgo lo asumía el *domino*. En estos términos, el riesgo contractual es entonces el peligro que devendría sobre la cosa ocasionada por un evento externo y extraño a las partes, imprevisible e inevitable por ellas.

El *damnum domini* se sustentaba en la idea de que la pérdida patrimonial por el riesgo de la cosa era siempre de su propietario. Las citas de las fuentes romanas antes mencionadas daban fe de ello, sin embargo, en lo posterior, la atribución de los riesgos fue más allá gracias a Labeón. Se comenzó entonces a buscar a qué sujeto debían serle atribuidas las consecuencias negativas por la pérdida económica de la cosa, en un escenario donde no hay responsabilidad civil, donde el eje central era determinar la atribución de los riesgos.

En esta línea de ideas, es imprescindible tomar en consideración los riesgos que son típicos a la actividad empresarial donde las partes se van a obligar a cumplir según el programa contractual toda vez que aquí la parte que asumirá el riesgo sea la más especializada en dicho encargo, poniendo en sus hombros el riesgo ya no en vigor a

³²⁷ CARDILLI, citado por CHAMIE GANDUR, J. (2013). *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. De la vis ciu resisti non potest a las cláusulas hardship*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, pp. 36.

la simple situación jurídica subjetiva de ser el propietario, sino ahora que, a pesar de no serlo, será el profesional y/o especialista quien lo asumirá. La profesora Neme Villarreal menciona algunos ejemplos en las fuentes romanas, como el referido a los daños ocasionados por un deslizamiento en un canal de una construcción, siendo que los daños los asumirá el constructor de la obra (D. 19, 2, 62); sobre la pérdida de los vestidos que correrán bajo riesgo del lavadero (D. 19, 2, 60, 2); también sobre la muerte del esclavo antes de haberse entregado, el riesgo de los gastos (ordinarios) incurrido en él, son del cargo del comprador (D. 19, 1, 13, 22); también sobre el supuesto donde los daños surgidos por sus actividades ordinarias en el esclavo antes de ejecutarse la tradición (D. 19, 1, 54); también cuando la pérdida de la plata es de aquella persona a quien se designó recomponer el triclinio (D. 13, 6, 5, 14).

Con estos ejemplos se puede evidenciar, el cambio de pensamiento de que el riesgo esté siempre en los hombros del propietario, a trasladarle dicho riesgo a quien tiene mayor conocimiento o manejo del encargo o de la prestación.

La regla en particular que estuvo presente fue en el contrato de compraventa con el *periculum emptoris*, puesto que, como hemos visto, imperaba el *res perit domino*

en muy diversos supuestos del contrato de compraventa, que la cosa pereciese no para su dueño sino para aquel al que se le debía, es decir, para el comprador, una vez perfecto el contrato como consecuencia de la prestación del recíproco consentimiento. Esta solución llegó a generalizarse tanto en las respuestas jurisprudenciales que cristalizó en la conocida máxima *periculum est emptoris*.³²⁸

Este riesgo era asumido desde el perfeccionamiento del contrato pero

³²⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema...*, op. cit., p. 250,

no de la transferencia. Nos referimos a la *traditio*, que desde el acuerdo contractual el comprador asumía el riesgo por el aseguramiento de la cosa que era el objeto de la venta, a pesar de no tener la posesión aún, por lo que increpaba el hecho de que si la cosa se perdía o se destruiría, el comprador igualmente debía pagar el precio a su vendedor si el hecho externo se debiera a una causa no imputable.

IV. La –aparente– “responsabilidad” del arrendatario ante el caso fortuito en el arrendamiento de cosas y las obligaciones de garantía (*praestare*)

Como hemos visto, el *damnum domini* impregnaba en varios tipos contractuales, tipos como el contrato de arrendamiento que no era la excepción a esta regla como sí lo fue la compraventa. Aquel contrato conocido también como locación era sinalagmático donde cada parte tenía sus obligaciones respecto de la otra, y era un contrato que debía celebrarse de buena fe. Podía ser eficaz al celebrarse hasta de forma consensual y tenía que ser oneroso. La locación guardaba sus clasificaciones, la *locatio-conductio rei* o el arrendamiento de cosa y la *locatio-conductio operarum* o la locación de servicio. El primero es motivo de estudio, ya que podemos ver que el locador o arrendador tenía una serie de obligaciones, entre ellas, la de mantener o permitir el uso de la cosa a favor del arrendatario.

Asimismo, había acciones a favor de cada parte. Como afirma Ezaine Chávez (1987), “las obligaciones del locador se hacían exigibles mediante la *actio conducti*, otorgada a favor del locatario; mientras que las obligaciones del locatario se hicieron exigibles mediante la *actio locati*, otorgada a favor del locador”.³²⁹

³²⁹ EZAINE CHÁVEZ, A. (1987). *Derecho romano. Obligaciones y contratos*. 2ª edición. Lima: INAF, p. 160.

Una de las principales obligaciones del arrendador era garantizarle el uso de la cosa al arrendatario. Por ello, otorgar la disposición de la cosa “supone la cesión del ejercicio de los derechos de uso y disfrute, no propiamente la cesión del *ius utendi et fruendi*. Ésta es la diferencia con el usufructo (...). Una vez cedida la cosa, el arrendatario se convierte en un *possessor naturalis* lo que significa que está protegido interdicialmente”.³³⁰

Es importante resaltar que la insatisfacción del interés del acreedor (arrendatario) puede deberse a causas distintas, algunas por causas imputables al locador, otras sin culpa de las partes. Por ello, es importante tener que diferenciar ambos escenarios y sus distintas consecuencias. Unos pasajes nos ayudarán a confrontar esto (D. 19, 2, 15, 2; D.19, 2, 9, 3).

Ambos pasajes contienen una situación de no prestación a favor del acreedor, sin embargo, cabe responder a las interrogantes que nos surgen. Si ante un evento irresistible y extraordinario, ¿a quién atribuirle el daño generado ante la ocurrencia de hechos no imputables? Y, si la insatisfacción del interés del acreedor (arrendatario) fue debido a un hecho imputable a éste o al locador, ¿a quién atribuirle el daño generado ante la ocurrencia de un incumplimiento imputable?

Es menester señalar que en el Digesto (D. 19, 2, 15, 2) se confiere la regla *damnum domini* y, como se mencionó en precedencia, según el cual

en aquellos eventos en que la pérdida de la cosa derivaba de una fuerza irresistible y externa, emerge una regla conforme a la cual resulta imposible poner a cargo del deudor no propietario de la cosa su pérdida, regla que encuentra correspondencia con el modelo del deudor propietario de la cosa al momento de su pérdida, quien viene a responder de manera extensa.³³¹

³³⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema...*, op. cit., p. 302.

³³¹ NEME VILLARREAL, “Los principios...” op. cit., p. 61.

En cambio, en otro texto (D. 19, 2, 9, 3) nos encontramos ante un escenario de responsabilidad civil y no del riesgo por el no cumplimiento del contrato, porque el arrendatario asumió el riesgo (*praestare*) del caso fortuito por pacto. Esto último lo pasaremos a explicar a continuación.

En el Digesto (D. 19, 2, 15, 2) puede verse cómo el locador-arrendador asume el riesgo del acaecimiento del caso fortuito o una fuerza mayor por el hecho de ser el dueño de la cosa, sin tener la obligación de responder ante el conductor-arrendatario por no mantenerlo en el uso y goce de la cosa. No debemos, pues, entender el término empleado de “responder” de una responsabilidad civil moderna, como también se emplea en otro texto (D. 19, 2, 9, 3). No son lo mismo toda vez que estamos ante escenarios diferentes, uno de riesgo y el otro de responsabilidad civil. Sobre esto último, estamos ante un escenario de responsabilidad civil por la obligación de garantía (*praestare*) asumida de forma convencional por el arrendatario (D. 19, 2, 9, 3). Recordemos las enseñanzas de Betti (2013), quien hacía la siguiente distinción:

- 1) responsabilidad contractual típica de la relación obligatoria en cuestión;
- 2) extensión pactada de tal responsabilidad, mediante asunción convencional de ciertos riesgos: asunción, esto es, de garantía en caso de verificación de las hipótesis; 3) extensión automática de esa responsabilidad (traspaso de riesgo), operada por la mora del deudor; y 4) repartición de riesgo contractual.³³²

Así entonces, nos encontramos en el punto 2 (D. 19, 2, 15, 2), esto es, la asunción convencional de ciertos riesgos (incendio) en calidad de obligación de garantía. Estas obligaciones nacen “al tenor de las declaraciones de los contratantes”,³³³ a través de los pactos,

³³² BETTI, citado por CHAMIE GANDUR, *op. cit.*, pp. 31-32.

³³³ BETTI, E. (2015). *La estructura de la obligación y el problema de su génesis*.

entendidos como el “nombre general que la técnica romana designa todo convenio que no se ajuste a un tipo exacto y acabado de negocio jurídico”.³³⁴ Estos convenios lograron tener protección legal a través de las acciones a partir del derecho justinianeo y comenzaron a ser siempre convenciones que podían ser exigibles y provistas de una *actio*. De ese modo se genera entonces el pacto, una auténtica obligación integrada al negocio jurídico.

En esa línea de ideas, cuando se comienza señalando que la hipótesis estaba condicionada a un pacto en la locación donde se les hubiera avisado a los arrendatarios que contuvieran el fuego de un modo que el incendio no causara daños (D. 19, 2, 9, 3), asumiendo entonces el riesgo el arrendatario por el fuego a pesar de que nazca por un caso fortuito, vemos aquí como a través del pacto se logra separar de la regla general del *damnum domini*, logrando trasladar el riesgo a la otra parte. Recordemos que “las normas sobre responsabilidad por incumplimiento son en la actualidad, como así sucedía también en derecho romano, consideradas de derecho dispositivo, es decir, pueden ser incrementadas, matizadas, limitadas, dejadas sin efecto, etc., conforme a los acuerdos de las partes”.³³⁵ En esta línea de ideas, en un negocio jurídico las partes pueden a través de los pactos agravar o limitar su responsabilidad teniendo sin embargo límites para ello, como se puede ver en distintas citas del Digesto en cuanto a la limitación de responsabilidad (D. 16, 3, 1, 7) y sobre la agravación de responsabilidad al extender la obligación de *praestare* ante eventos imprevisibles e inevitables por pacto contractual (D. 18, 1, 78, 3; D. 19, 2, 9, 3).

Traducción de José Félix Chamie. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, p. 57.

³³⁴ SOHM, R. (1936). *Instituciones de derecho privado romano. Historia y sistema*. Traducción de W. Roces. 17ª edición. Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 412.

³³⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2016). *Derecho privado romano*. 9ª edición. Madrid: Isutel, p. 512.

Así entonces, cuando el arrendatario asume el riesgo de un caso fortuito está garantizándole al locador que el fuego no producirá daño alguno. Esta obligación de *praestare* la podemos también encontrar en la promesa de que el estado del esclavo es sano (D. 21, 1, 31). Grosso (1981) afirmó en su momento que el *praestare* “se encuentra también incluido en la determinación contenida en la definición de obligación que encontramos en D. 44, 7, 3”,³³⁶ por ello se menciona “con precisión cuál es el objeto de la obligación, el que puede estar constituido por un *dare*, un *facere* o un *praestare*”.³³⁷

Un tema interesante a abordar son los alcances o la extensión de las obligaciones de *praestare* en cuestión. Si es extensible a supuesto de *casus* o *vis maior* o, por el contrario, tenía como límite la fuerza mayor, por ejemplo, en las citas antes vistas (D. 19, 2, 9, 3; D. 18, 1, 78, 3; D. 19, 2, 9, 2), la obligación de *praestare* se extiende incluso ante eventos de caso fortuito o fuerza mayor, pero a través del pacto, esto es, por fuente autónoma de las partes. Nosotros compartimos la idea de Neme (2018), cuando menciona que “la extensión del *praestare* al *casus* no puede tenerse por automática en todos los eventos, pues resulta necesario examinar el contexto específico de la relación, como lo hacían los juristas romanos, así habremos de atenernos a lo previsto expresamente en la ley, al tipo negocial, a lo acordado por las partes”.³³⁸

Las consecuencias entonces en el contrato de arrendamiento (D.

³³⁶ GROSSO, G. (1981). *Las obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación*. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, p. 59.

³³⁷ EZAINÉ CHÁVEZ, *op. cit.*, p. 10.

³³⁸ NEME VILLARREAL, M. (2018). *Obligaciones de garantía en el derecho contemporáneo. Análisis desde la tradición del derecho civil*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, p. 50.

19, 2, 15, 2) no serán las reglas que corresponden al escenario de responsabilidad civil contractual, sino más bien de la teoría del riesgo, y como el riesgo está en cabeza del dueño (*damnum domini*), ocasionará en función al vínculo sinalagmático y al principio de correspectividad que deje de pagarse la merced conductiva, solución descrita en otro texto del Digesto (D. 19, 2, 30, 1). Recordemos que el vínculo sinalagmático otorga una reciprocidad entre prestación y contraprestación donde la causa de una se encuentra en la otra. El contrato es, pues, una fuente de obligaciones entre las partes celebrantes (D. 2, 14, 1, 3; D. 50, 16, 19) planteado por Labeón. Esta reciprocidad e interdependencia “se caracteriza porque además tales obligaciones deben mantener una relación de interdependencia, de manera que si una de las obligaciones contrapuestas no surge por imposibilidad de la prestación, no surge tampoco la otra”.³³⁹

Esta solución es distinta a la que acontece en el otro texto (D. 19, 2, 15, 2), donde nos encontramos ante un escenario de riesgo y las consecuencias por el no cumplimiento del contrato debido a un caso fortuito o fuerza mayor serán diferentes al escenario donde hubiere responsabilidad civil. En ese sentido, el arrendatario impedido de poder usar la cosa podrá hacer uso de la *actio conducti* siguiendo el criterio descrito otros textos del Digesto (D. 19, 2, 19, 6; D. 19, 2, 30, 1), perdiendo así el arrendador o locador el derecho a percibir la contraprestación en función a los riesgos que asumió, pero sin tener que resarcir al locador por el no cumplimiento de su obligación.

³³⁹ NEME VILLARREAL, M. y CHINCHILLA IMBETT, C. (2018). *El consentimiento informado del consumidor. Del sinalagma a las exigencias de información*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, pp. 13-14.

V. La valoración del comportamiento del deudor para la verificación del incumplimiento contractual

El incumplimiento contractual es la desviación o apartamiento de las obligaciones contraídas de forma imputable a la parte que le correspondía ejecutarlas, ocasionando la insatisfacción del interés del acreedor. La imputabilidad es entendida ordinariamente como una subjetiva, esto es, el dolo y la culpa, pero como hemos podido ver, también habría responsabilidad por la obligación de garantía que, a diferencia de los criterios subjetivos, no es necesario entrar a analizar el comportamiento del deudor para imputarle responsabilidad civil.

Cuando nos referimos al incumplimiento de obligaciones debemos hacer un paralelismo con el cumplimiento, que es un modo de extinción de las obligaciones cuya consecuencia es la desaparición de las situaciones jurídicas de crédito y débito por la terminación del contrato. Para determinar si la obligación fue cumplida, debemos observar “los requisitos que debe reunir el objeto del cumplimiento (identidad e indivisibilidad), y, por otra parte, los requisitos que se predicán de la conducta con la que se concreta el pago (sujetos, lugar y tiempo)”.³⁴⁰ En cuanto a la naturaleza jurídica del pago o cumplimiento de la obligación, puede ser ubicada como un negocio jurídico³⁴¹ o acto jurídico en sentido estricto.³⁴² Pero, ante todo, el pago debe ser entendido como satisfactivo y liberatorio (*solutio*), caso contrario, sea solo uno u otro será considerado como un sucedáneo y no como “pago” en sentido técnico.

³⁴⁰ ROBLES BACCA, P. (2020). *El cumplimiento de las obligaciones en la tradición romanista y su reconsideración como categoría central del derecho civil*, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, p. 46.

³⁴¹ Ante la celebración de un compromiso de contratar y en la cesión de créditos.

³⁴² Cuando al ejecutar la prestación no media la intervención de la autonomía privada.

Así entonces, sin ánimo de profundizar en el cumplimiento de las obligaciones, el incumplimiento viene a ser la otra cara de la moneda, donde podremos ver cómo las fuentes romanas conciben una noción de incumplimiento contractual subjetiva.

Un ejemplo es cuando el reo no pudiera ir a declarar al juzgado debido a un evento impeditivo. En este supuesto se verifica el comportamiento del deudor a fin de determinar si está en una situación de incumplimiento de su deber de ir a declarar (D. 2, 11, 2, 8), también citas referidas a la diligencia que debe tener el acreedor (D. 13, 7, 14). Asimismo se exige al vendedor haber actuado con la diligencia de un buen padre de familia para verificar si la pérdida de la cosa debido a un hurto deviene en un incumplimiento (D. 18, 1, 35, 4), y sobre la verificación de la culpa de alguna de las partes para determinar quién asumiría la responsabilidad por la pérdida del caballo y, por ende, estando en una situación de incumplimiento (D. 13, 6, 23).

En estos supuestos de hecho, puede verificarse cómo es que se entra a analizar la conducta o comportamiento del deudor con el fin de verificar si está en una situación de incumplimiento y no de riesgo.

VI. Las fuentes romanistas diferencian el escenario de responsabilidad civil y de riesgo

Es sumamente importante recalcar que los romanos diferenciaron el escenario del riesgo con el de responsabilidad. Talamanca (2013), citado por Chamie Gandur, nos aporta lo siguiente respecto a que un escenario de

riesgo contractual se procede a establecer la afectación del patrimonio de una de las partes, a la manera en que se hace en el resarcimiento del daño por incumplimiento, en el caso del riesgo por pérdida de la cosa debi-

da dicho desplazamiento patrimonial no deriva de la responsabilidad por incumplimiento que pueda imputarse al deudor, sino de la necesidad de restablecer el equilibrio en las posiciones de los contratantes.³⁴³

Esta distinción es tanto en el primer nivel, que sería la calificación del supuesto de hecho, y el segundo nivel, al otorgarle una consecuencia jurídica. Como primer paso debemos calificar si estamos ante un supuesto de *casus*, como evento extraordinario e inevitable para el deudor que le impida el cumplimiento de su obligación. En este supuesto debemos de plano descartar las reglas y consecuencias de un supuesto de responsabilidad civil, que vendría a ser traspasarle las consecuencias del daño a su correspondiente autor, y es aquí donde entramos al segundo paso, en el que las consecuencias son diferentes en ambos supuestos. En un escenario de riesgo deberá asumir la pérdida económica quien estaba obligado a asegurar la prestación sin tener que resarcir el daño a la parte afectada, en cambio, cuando estamos ante un incumplimiento contractual, se generará la obligación de resarcir los daños en virtud a la imputabilidad subjetiva u objetiva.

Es justamente por ello que ante un escenario de riesgo los romanos no desataban las consecuencias de un incumplimiento contractual (tutela resarcitoria) toda vez que no estamos ante un incumplimiento contractual debido a la carencia del elemento de la imputabilidad o el reproche que se le pueda atribuir al deudor de la obligación.

VII. Conclusiones

- Las consecuencias ante un escenario de responsabilidad y de

³⁴³ TALAMANCA, citado CHAMIE GANDUR, *op. cit.*, p. 35.

riesgos son diferentes en cuanto a la indemnización por el incumplimiento de las obligaciones contractuales. De modo que, ante un escenario de responsabilidad civil debemos preguntarnos a quién atribuirle el daño generado ante la ocurrencia de un incumplimiento imputable, mientras que en un escenario de riesgo causado por un evento extraordinario e irresistible extraño a las partes, la pregunta es a quién atribuirle el daño generado ante la ocurrencia de hechos no imputables. En un escenario de responsabilidad habrá un daño que resarcir y en un escenario de riesgo habrá un daño, pero no en sentido estricto sino más bien entendido como la asunción de soportar las consecuencias económicas por la pérdida de la cosa.

- Una forma de vincular los escenarios de riesgo y de responsabilidad es a través de la asunción convencional de los riesgos, incluso asegurando el hecho de la causa no imputable a las partes, como puede ser un caso fortuito y de fuerza mayor. Este pacto puede ser asumido por la parte a través de su autonomía privada (D. 19, 2, 9, 3), donde ante un pacto en la locación donde se les hubiera avisado a los arrendatarios que contuvieran el fuego de un modo que el incendio no causara daños, asumiendo entonces el riesgo el arrendatario por el fuego a pesar que nazca por un caso fortuito, vemos aquí como a través del pacto se logra separar de la regla general del *damnum domini*, logrando trasladar el riesgo a la otra parte. A esta asunción convencional se la conoce como obligación de *praestare* o de garantía.

- Las fuentes romanas no hacen reparos al utilizar el término “responsabilidad”, por lo que no podemos ver con nuestros ojos de hoy lo que en aquel momento se entendió. En términos modernos la responsabilidad está asociada a la tutela resarcitoria, concurriendo así los elementos de la responsabilidad civil. En cambio, en los tiempos del derecho Justiniano,

en algunos pasajes (D. 19, 2, 15, 2) no podemos entender a la responsabilidad como lo antes mencionando, sino como la asunción de riesgos en virtud a la regla del *damnum domini*. En ese sentido, al verificar el contexto, podemos ver que no estamos ante un supuesto de incumplimiento sino de riesgo, generando como consecuencia lo que hoy por hoy llamaríamos imposibilidad sobrevenida de la prestación.

VIII. Bibliografía

BETTI, E. (2015). *La estructura de la obligación y el problema de su génesis*. Traducción de José Félix Chamie. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

CORTÉS, E. (2009). *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*. 2ª edición. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

CHAMIE GANDUR, J. (2013). *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. De la vis ciu resisti non potest a las cláusulas hardship*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

DE NARDI, L. (2020). “El caso fortuito: fundamentos culturales y religiosos de una categoría jurídica y de una cosmovisión”. En *Derecho PUCP*, N.º 84. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/22114/21465>

EZAINE CHÁVEZ, A. (1987). *Derecho romano. Obligaciones y contratos*. 2ª edición. Lima: INAF.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2016). *Derecho privado romano*. 9ª edición. Madrid: Isutel.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. (2007). *Sistema Contractual Romano*. 3ª edición. Madrid: Dykinson.

GROSSO, G. (1981). *Las obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación*. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

NEME VILLARREAL, M. (2008). “Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa”. En *Revista de Derecho Privado*, N.º 15. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/529/504>.

NEME VILLARREAL, M. (2018). *Obligaciones de garantía en el derecho contemporáneo. Análisis desde la tradición del derecho civil*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

NEME VILLARREAL, M. y CHINCHILLA IMBETT, C. (2018). *El consentimiento informado del consumidor. Del sinalagma a las exigencias de información*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

NEME VILLARREAL, M. y CHINCHILLA IMBETT, C. (2020). “El incumplimiento en la reforma del Código Civil francés no constituye un modelo a seguir que permita la cabal funcionalidad del incumplimiento en el sistema jurídico colombiano”. En *La reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones: ¿fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano?* En RIAÑO SAAD, A y FORTICH, S. (eds.). Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

ROBLES BACCA, P. (2020). *El cumplimiento de las obligaciones en la tradición romanista y su reconsideración como categoría central del derecho civil*, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

SOHM, R. (1936). *Instituciones de derecho privado romano. Historia y sistema*. Traducción de W. Roces. 17^a edición. Madrid: Revista de Derecho Privado.

Cambios y oportunidades en el derecho del segundo reino de los burgundios: entre la Antigüedad Tardía y la Alta Edad Media

Por Rodrigo Leandro Guelar³⁴⁴

I. Introducción

El presente trabajo tiene como objeto problematizar la relación entre normas de origen germánico y las normas de origen romano entre la Antigüedad Tardía y la Alta Edad Media, en el llamado reino burgundio de Worms, con el derecho penal como base de análisis.

Es preciso recordar para ello que la mayor producción normativa que en todas sus épocas tuvo el derecho romano asumió su cénit en

³⁴⁴ Abogado (UBA). Especialista en Derecho del Consumidor (UBA). Especialista en Derechos Políticos y Electorales (UBA). Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bologna). Maestrando en Estudios Medievales (UBA). GISAT-IMHICIHU-CONICET. Se desempeña en el Ministerio Público de la Defensa de la CABA.

la creación y el cultivo del derecho civil, siendo la elaboración en materia penal menos abundante, menos sistemática y como consecuencia de tal devenir secular, las concepciones contemporáneas en materia penal poco deben al mundo jurídico romano. El presente trabajo se ocupa de problematizar también este lugar común que los juristas recitan como verdad revelada. El saber jurídico penal que llega hasta nuestros días tiene casi mil años y es contemporáneo a la llamada época de la recepción del derecho romano.³⁴⁵ Por lo tanto, posterior al análisis aquí presentado.

II. Marco metodológico

El marco metodológico puesto en juego en el presente es sintetizado por Pohl (2003), quien trae a estos efectos la idea de “giro lingüístico”, prefijada ya por Foucault en *La Arqueología del Saber* y *La Verdad y las Formas Jurídicas*, pero lo hace con sumo cuidado para el período tardoantiguo. Habla de la nación como forjadora del nacionalismo o la etnicidad, y viceversa o, en definitiva, sobre el poder del pasado sobre el presente conjuntamente con el poder del presente sobre el pasado, siendo esto constantemente observado por los historiadores de la Antigüedad Tardía.³⁴⁶ Pohl explica que los textos de la temprana Edad Media que han sobrevivido son aquellos en

³⁴⁵ HENDLER, E. (2009). *Las raíces arcaicas del Derecho Penal*. Buenos Aires: Del Puerto, pp. 91-92; ZAFFARONI, E. (2014). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed., 8ª reimp. Buenos Aires: EDIAR, p. 70.

³⁴⁶ POHL, W. (2003). “The construction of communities and the persistence of paradox: an introduction.” En CORRADINI, R., DIESENBERGER, M. y REIMITZ, H. *The Construction of Communities in the Early Middle Ages. Texts, Resources and Artefacts*. Leiden-Boston: Brill, p. 3.

los que pueden distinguirse discordia o conflicto de intereses, o tensiones de los grupos sociales.³⁴⁷ Observa con agudeza que muchos de aquellos que dejaron sus testimonios de la época estaban quizás más enfocados en las vicisitudes de la transformación del mundo pagano a un mundo cristiano que en las transformaciones étnicas debidas al establecimiento de los germanos dentro de las fronteras del Imperio romano, y tales visiones nos proporcionan una perspectiva de las realidades sociales y jurídicas.³⁴⁸ Con ello, podemos estudiar los reinos germánicos posromanos como el resultado de la agencia humana y no como meras comunidades de etnicidad estática.

III. *Lex Romana Burgundionum* y *Lex Burgundionum*. Manuscritos y ediciones

Hasta hace algunas décadas, había certezas acerca de que la *Lex Burgundionum* (LB) regulaba las relaciones entre burgundios y la *Lex Romana Burgundionum* (LC), por su parte, regulaba las relaciones entre los romanos y los burgundios. Esto en la actualidad se pone en duda, ya que las leyes burgundias nunca lo expresan en tal sentido. La primera fue promulgada en el año 501 por el rey Gundobaldo; la segunda, modernamente es atribuida al rey Segismundo, quien la habría promulgado en el año 517.³⁴⁹

La LB es conocida de varias maneras, tales como *Liber Constitutum*, *Lex inter Burgundiones et Romanos*, *Liber Gundobati*, *Lex Gundobata* (de donde proviene la expresión francesa *Loi Gombette*).³⁵⁰ De

³⁴⁷ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 6.

³⁴⁸ POHL, *op. cit.*, p. 8.

³⁴⁹ WORMALD, P. (2003). "The *Leges Barbarorum*: law and ethnicity in the post-Roman West". En *Regna and Gentes*, Vol. 13, Brill, Leiden-Boston, p. 26.

³⁵⁰ ORTUÑO PÉREZ, M. E. (2001). "Algunas consideraciones sobre las servidumbres

su redacción, dice Sidonio Apolinario, participó Siagrius, lo que nos proporciona un dato certero de la colaboración de la aristocracia galo-romana en estos menesteres y uno de los principales argumentos que ayudaron a la creencia de un reino altamente romanizado.³⁵¹ Y fue promulgada con el auspicio y el previo consejo de los *comites* (cuyos nombres son citados) (LB, Tít. 1. 14). Según Barnwell,³⁵² ellos eran los encargados de hacerla conocer y “darle fuerza de ley” (LB, Tít. LXXIX. 4; CE. XIX y XXI. II).

La LRB estaba redactada sobre la base de los Códigos gregoriano, hermogeniano y teodosiano, de las novelas posteodosianas, las *Sententiae* de Paulo, las *Institutas* de Gayo y “algunos principios del derecho burgundio”. Hay una corriente de opinión, sin embargo, que sostiene que la LRB tiene sistema, ya que en cada uno de los títulos indica el origen de los fragmentos de donde proceden, pues la compilación es de índole acumulativa. Se la conoce, por un error del copista Cujas del siglo XV, como *Papianus, Papiani Responsorum*, de las cuales deriva el francés le *Papien*.³⁵³ El primero en notar este error fue Savigny en su *Histoire du Droit Romaine aux Moyen-Age*. Creo que esta categorización planteada no alcanza por supuesto para calificar a estas normas como un Código con la sistematización de la ciencia jurídica moderna.

Con el estudio de estas leyes, podemos apreciar claramente cómo los reyes germánicos en general y los burgundios en particular

en la *Lex Romana Burgundionum*”. En *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano (Los Derechos Reales)*. Madrid: Edisofer, p. 549.

³⁵¹ WORMALD, P. (2005). “King and Kingship”. En FOURACRE, P. (ed.). *The New Cambridge Medieval History, vol. I (500- 700)*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 85.

³⁵² BARNWELL, P. S. (1992). *Emperor, Prefects & Kings: The Roman West, 395-565*. Londres: Duckworth, p. 87.

³⁵³ ORTUÑO PÉREZ, *op. cit.*, p. 550.

articulaban lazos sociales por medio de las disposiciones. En este caso, diferenciando a las poblaciones a través de la protección que la ley como también el rey, en última instancia, necesitaban conferir a determinada salvaguardia para mantener el poder y lograr la paz entre dos pueblos, el galo-romano y el burgundio, con distintas costumbres. Sin embargo, en el caso de los burgundios, su establecimiento en zonas de fuerte, pacífica y secular romanización, sumada a su entrada más o menos pacífica al *limes*, tuvo que ver en la realidad de la redacción de compilaciones separadas para las diferentes etnias.³⁵⁴

IV. El derecho germano antiguo

Según Foucault, quien cita a Tácito, el antiguo derecho penal germánico tiene tres aristas: no hay acción pública, y así la acción penal se caracterizaba por un duelo entre individuos, sin intervención de autoridad alguna, no habiendo tres sujetos, sino dos; supone que el derecho penal es una forma reglamentada de conducir los conflictos de los individuos; y, finalmente, que el derecho germánico siempre ofrece la posibilidad de llegar a acuerdo a través de venganzas rituales, en las que puede haber un pacto para finalizar el pleito.³⁵⁵ Según Foucault, “cada vez que empieza a esbozarse un Estado, el derecho romano se revitaliza; por el contrario, cuando éstos comienzan a disolverse, el derecho germánico reaparece”.³⁵⁶

³⁵⁴ DREW, K. F. (1972). *The Burgundian Code*. Pensilvania: University of Pennsylvania Press, p. 5.

³⁵⁵ FOUCAULT, M. (1996). *La verdad y las Formas Jurídicas*, Barcelona: Gedisa, pp. 66-68.

³⁵⁶ *Ibidem*, *op. cit.* p. 68.

Wormald³⁵⁷ concuerda con ello, salvando el hecho de que algunas normas de origen germano deben verse bajo el prisma de un sustrato romano provincial, como lo expondrá *infra* Barnwell. Conviene asimismo en que los prefectos del pretorio provinciales de la época de los Severos enriquecieron los rescriptos imperiales. Será, según Wormald,³⁵⁸ Ausonio quien en igual sentido nos deja la interpretación acerca de que los compiladores teodosianos y justinianos preservaron las normas en su generalidad, dejando de lado deliberadamente la especificidad. Es decir, se centraron en la aplicación y estudio de la norma imperial, dejando a los funcionarios locales la norma o la costumbre local.

V. Aspectos del derecho tardoantiguo

Al referirnos a estas normas, la primera división que debemos hacer es entre la costumbre de los germanos y las leyes escritas de los romanos. Las leyes romano-bárbaras son intentos de unificar estos dos criterios, si bien otra de las distinciones es la aplicación de éstas, ya que la costumbre rige la vida de las personas por su etnia, y las leyes escritas en principio son de aplicación para todos los sujetos de un territorio determinado.³⁵⁹ Así, la escritura de las costumbres de los germanos es conocida como *leges barbarorum* y la reelaboración de las leyes para los romanos de los territorios dominados por los germanos son las *leges romanae*.³⁶⁰ Las primeras ya sufrieron un importante proceso de romanización en la necesidad de plasmarlas

³⁵⁷ WORMALD, *op. cit.*, p. 23.

³⁵⁸ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 24.

³⁵⁹ DREW, *op. cit.*, pp. 3-4.

³⁶⁰ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 4.

en instrumentos escritos, y todas están en latín. Por su parte, como fuera expuesto, las *leges romanae* tienen una lógica e inescindible similitud con las compilaciones del Bajo Imperio.

Cuando Foucault profundiza acerca de las relaciones entre derecho romano y derecho germánico, nota en aquellas relaciones una suerte de oscilación entre “rivalidad” y “complicidad”, particularmente entre los siglos V y X, período en el cual se redactaron las normas que estamos analizando, y que veremos *supra* cómo Barnwell despliega las relaciones entre ambas.

VI. El sistema acusatorio de índole privado del antiguo derecho germánico y su comparación con la evolución romana del sistema de enjuiciamiento penal

En el antiguo derecho germánico no se conocía la actual separación entre infracciones civiles y penales. Toda infracción era considerada un quebranto a la paz comunitaria y el infractor perdía la protección de la comunidad, quedando “a merced de sus congéneres”. Pero la regla general para la mayoría de las infracciones solo autorizaba a la reacción del ofendido y sus parientes (*sippe*) o tribu. Para satisfacer este interés comunitario menoscabado, la víctima o su familia podían restablecer la paz mediante el combate o la guerra (*fehde*) y la venganza familiar (*blutrache*), lo que derivó en un instituto más o menos firme de composición (*sühnevertrag*), donde el ofensor acordaba una reparación económica con el ofendido (*busse*), confeccionando entre ambos un contrato reparatorio que evitaba la venganza pagando una compensación en bienes materiales, recuperando así la protección de la comunidad. Con respecto a los crímenes graves, éstos no eran susceptibles de expiación, ya que la pérdida de la protección comunitaria era total y definitiva, quedando a merced de la venganza de

cualquier miembro de la comunidad. Así, el procedimiento judicial cumplía un papel secundario, procediendo cuando fallaba la composición privada y, en definitiva, a medida que prosperaba la historia escrita de los germanos, era procedente la petición judicial de la *busse*, comenzando un proceso judicial de índole acusatorio.³⁶¹

Este procedimiento era oral, público y contradictorio, siendo una lucha por el derecho entre ambos contendientes ante la vista del tribunal,

mediante actos formales al extremo, llenos de sentido mítico, como la fórmula acusatoria (*klage formel*) pronunciada por el acusador con palabras sacramentales, con un bastón en la mano e invitando al acusado a la respuesta (*klage beantwortung*), quien tenía solo dos posibilidades: o admitía la acusación o la negaba totalmente; según se produjera una u otra de estas dos alternativas recaía inmediatamente la condena, en caso de reconocimiento formal de la acusación o, cuando se negaba, se abría la causa a prueba ya por acuerdo de partes sobre ella o, en su defecto, por sentencia condicional del Tribunal (*bedingtes Urteil*), que establecía por una parte quién y cómo debía probar según la apreciación del Derecho de cada parte hasta el momento y, por la otra, el resultado que arrojaría el pleito si tenía éxito o fracasaba la prueba pedida; la prueba no se dirigía a demostrar un hecho con objetividad, es decir, a establecer la verdad sobre la hipótesis objeto del proceso, ni tan siquiera a formar la convicción del tribunal sobre la responsabilidad o inocencia del acusado, sino que representaba un medio de lucha entre las partes (*Kampfmittel*), a través del cual, por actos sacramentales, cada una de ellas daba mayor fuerza a sus afirmaciones subjetivas sobre el derecho que invocaban; como consecuencia, el juramento de parte (*Parteieid*) fue el principal medio de prueba, acompañado también por conjuradores o auxiliadores (*Eidshelfer*), quienes no deponían sobre hechos exteriores verificables, sino sobre la fe que merecía el juramento de la parte, practicándose

³⁶¹ MAIER, J. B. (1999). *Derecho Procesal Penal. Tomo I: Fundamentos*. 2ª edición, 1ª reimp. Buenos Aires: Del Puerto, pp. 264-265.

también el duelo (*Zweikampf*), ya cuando el acusador formulaba en contra del juramento depurador del acusado (*Reinigungseid*) su juramento crítico (*Eidesschelte*) o como modo de impugnar la sentencia... lo que provocaba todo un procedimiento del impugnante contra quien formuló la propuesta, con un nuevo procedimiento probatorio que, de ordinario, culminaba en el duelo entre el crítico y su criticado, valiendo la victoria como un triunfo del Derecho: el duelo significaba, por otra parte, que los contendientes habían agotado el litigio por palabras para tomar la vía del combate físico.³⁶²

Este esquema genérico puede observarse con modificaciones en el reino de los francos, con un *rey a priori* con más fortaleza que el burgundio, donde persiste el juramento como principal medio probatorio para llegar a la verdad, con un incipiente y limitado interrogatorio juramentado del testigo por parte del juez. En este medio, los juicios de Dios u ordalías cumplen conjuntamente con el duelo, el papel de la prueba, con el fundamento principal de que es la divinidad la que encontrará la verdad y la justicia por medios físicos observables.³⁶³

Esta concepción del procedimiento como método para reconstruir la verdad histórica culminará —después de los vaivenes explicados en los capítulos *infra* expresados—, con su desplazamiento total por el derecho romano-canónico.³⁶⁴

Dentro del marco cultural indoeuropeo, podemos encontrar rastros de un sistema acusatorio en los cuerpos judiciales griegos y romanos, aunque como es sabido con una fuerte impronta popular, producto de una lenta evolución, hasta llegar en la República romana con un sistema de enjuiciamiento conocido con el nombre de *accusatio, quaestio* o *iudicium publicum*.³⁶⁵ Así,

³⁶² MAIER, *op. cit.*, p. 266.

³⁶³ MAIER, *op. cit.*, p. 267.

³⁶⁴ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 266.

³⁶⁵ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 273-274.

el Derecho Procesal Penal Romano incorpora definitivamente como meta del procedimiento la averiguación objetiva de la verdad histórica mediante medios racionales que pretendían reconstruir, dentro del procedimiento y como fundamento del fallo, un acontecimiento histórico, hipotéticamente ya sucedido, que se atribuía al acusado, rompiendo de esa manera la concepción del procedimiento como método de lucha y de la prueba como dirigida a obtener, antes que la verdad de lo sucedido, la razón de alguno de los contendientes mediante signos exteriores por los que la divinidad se pronunciaba a favor de uno u otro. Puede decirse, por ello, que el Derecho Romano desmitificó –secularizó– la persecución penal.³⁶⁶

Sin embargo, aun con el advenimiento del aparato administrativo imperial, que varió la fuente de soberanía del *populus* al *Princeps*, y conforme al espíritu conservador de los romanos, la *accusatio* sobrevivió e incluso se perfeccionó por medio de leyes extraordinarias para delitos específicos, cuya característica le proporcionó el nombre de *cognitio extra ordinem* con el que los historiadores la conocen aún hoy en día.³⁶⁷

Dice Maier (1999) que la soberanía del pueblo, con la acción de la *provocatio ad populum*, dotó al sistema de iniquidades y contribuyó como instrumento jurídico a la Crisis del Siglo III, o la problemática entre el fin del paganismo y la consolidación del cristianismo, con acusaciones infundadas y abuso de poder:

el golpe de gracia para un sistema de enjuiciamiento y persecución penal como la *accusatio*, tan puro y teóricamente consecuente con las ideas políticas de las que partía, lo asestó la aparición de funcionarios oficiales encargados de velar por la seguridad pública y, por tanto, de perseguir penalmente los hechos punibles que caían bajo su conocimiento. Nace el sistema de persecución

³⁶⁶ *Ibidem*, op. cit., p. 274.

³⁶⁷ *Ibidem*, op. cit., p. 284.

penal pública que llega hasta nuestros días (...). A pesar de que este poder oficial convivió con las antiguas formas de la *accusatio* y hasta solo significó, jurídicamente, un remedio extraordinario y subsidiario, para cuando ningún individuo ejerciera su facultad de acusar, nunca abolida, la práctica lo erigió como principal sistema de persecución penal hacia fines del imperio (...).³⁶⁸

VII. La costumbre y su imbricación en el derecho tardoantiguo

El presente título, que pasa por ser el más problematizante, nos da un amplio panorama sobre el derecho de la época y deja abierta muchas líneas de investigación sobre la evolución del derecho en la Antigüedad Tardía que exceden esta labor.

Barnwell (2000) es quien profundiza y problematiza de una manera inteligente y sutil la relación entre las normas tardorromanas, las *leges barbarorum* y los cambios que sufrió la época, con un enfoque escéptico. Para ello brinda los siguientes argumentos, basados en la especulación y el funcionamiento de las magistraturas del Bajo Imperio y la época del derecho romano postclásico. El siguiente esquema extraído de Barnwell en su publicación en la revista *Past & Present* de la Universidad de Oxford es un esquema de la historia del derecho romano postclásico.

Es dudoso que para el siglo VI los germanos en general, que habían migrado durante siglos a través de *limes* romano, tuvieran un “cuerpo de leyes coherente”.³⁶⁹ Las compilaciones romano-bárbaras

³⁶⁸ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 284-285.

³⁶⁹ BARNWELL, P. S. (2000). “Emperors, Jurists and Kings: Law and Custom in the Late Roman and Early Medieval West.” En *Past & Present*, N° 168, Oxford University Press, p. 7.

fueron compuestas una o dos generaciones con posterioridad a los grandes asentamientos.³⁷⁰

Barnwell se centra en las normas provinciales romanas que, aunque pobremente documentadas, han influido grandemente en las leyes germanas, siendo que las primeras, según lo antedicho, hayan sido primeramente influidas asimismo por la lógica de las normas romanas.³⁷¹ Hay evidencia de que la mayoría de los dirigentes germanos fueron asesorados por romanos (por ejemplo, *Siagrius*).³⁷²

Concordando con los autores expuestos argumenta que las naciones bárbaras, que se tenían por grupos étnicos consistentes, fueron débiles confederaciones de tribus recientemente formadas, y algunas aún en proceso de formación.³⁷³

En algunos casos, como puede verse al estudiar detenidamente las propias leyes, en los dominios que gozaban de compilaciones separadas para los dos grupos étnicos, tal separación no era tajante. Ello puede apreciarse aún en una ley de Teodosio II del año 439.³⁷⁴

En el Bajo Imperio, en lo atinente a los testamentos, por ejemplo, la escritura o la oralidad dependía de las distintas regulaciones, ya sean normas emitidas por los emperadores para lo primero, o prescripciones del pretor provincial que según los usos, tanto en Oriente como en Occidente, podía permitir ciertos procedimientos orales. La influencia de los pretores provinciales crecía a medida que la ciudadanía romana se ampliaba a los pueblos conquistados o a los pueblos germánicos que se establecían bajo los regímenes de *hospitalitas* o *foedus*.³⁷⁵ Por ello, vemos cómo estos supuestos se complejizan.

³⁷⁰ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 10.

³⁷¹ *Ibidem*, *op. cit.*, p.7.

³⁷² *Ibidem*, *op. cit.*, p.10.

³⁷³ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 9.

³⁷⁴ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 10-11.

³⁷⁵ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 11.

Según Barnwell, tanto la normativa imperial como la pretoriana provincial era “acumulativa” en un mismo territorio, y nunca codificada, lo que fue generando con el paso del tiempo confusión acerca de su aplicación e interpretación. No menciona la Ley de Citas por su nombre, pero le atribuye poca efectividad, que llegará recién con la compilación justiniana.³⁷⁶

Las competencias del pretor provincial (que ya no era el pretor peregrino de los tiempos clásicos) se ven ampliadas territorialmente, ya que los asentamientos fuera de las capitales provinciales iban ampliándose a medida que los pueblos bárbaros iban estableciéndose, lo que generó su propia estructura, y con ello una nueva élite provincial de magistrados que a su vez tenía, según Barnwell, la facultad de aplicar sus propios criterios, en razón de las nuevas realidades políticas y sociales.³⁷⁷

Conjuntamente con lo expuesto, comienza a surgir por doquier a fines del siglo III un “cuerpo de costumbres” no escritas (del orden romano, al que continuamos refiriéndonos) que difiere de una provincia a otra. Apunta un grado de polisemia en cuanto a que algunos historiadores la llaman “*vulgar law*” (*vulgarrecht*) para referirse a ella en tanto fue perdiendo la “puridad” del derecho romano clásico, pero en un sentido diferente a costumbre no escrita, que podía conservar o no el “espíritu” quirritario.³⁷⁸ Lo expuesto podía resultar ambiguo a fines del siglo III. Pero en cuanto al fondo, Barnwell ejemplifica con la casi absoluta restricción de Gayo ante la indemnización por injurias o muerte. Barnwell replica que ello estaba ya tipificado en la Ley de las Doce Tablas y resurge en el Bajo Imperio, para asentarse en las *leges barbarorum*.³⁷⁹ En nota al pie, Barnwell

³⁷⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 12.

³⁷⁷ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 13.

³⁷⁸ BARNWELL, *op. cit.*, p.14.

³⁷⁹ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 15-16.

cita a Marc Bloch como antecedente de historiador que se pregunta cuán romanizadas estaban las leyes de los francos.³⁸⁰ En el mismo sentido se expresa Wormald.³⁸¹

En materia penal, explica que la tortura como método de prueba era usual en el derecho romano (aunque requería de operadores eficientes y su resultado era poco confiable), pero que a nivel provincial comenzó a florecer el uso del juramento. Dice Barnwell³⁸² que el juramento no era usual en el derecho romano clásico, pero ello no es en mi opinión certero. Lo cierto es que en determinadas provincias podía tener prevalencia uno u otro método probatorio, y con justeza, por ende tampoco era una característica del antiguo derecho germánico.

Surgieron métodos alternativos de resolución de conflictos expresados en pactos para la materia penal que, de igual manera a lo indicado anteriormente, no puede afirmarse a ciencia cierta que era un método enteramente germánico al poder trazarse también hasta la Ley de las Doce Tablas. Señala como ejemplo que el propio Sidonio Apolinario tuvo que utilizar este instituto para una usurpación en su propia morada, a fin de evitar verse involucrado en una causa criminal.³⁸³

Concluye que estas particularidades del derecho del Bajo Imperio son el antecedente en el cual se dictaron las *leges barbarorum*, en particular las compilaciones burgundias, la LRB y el LC.³⁸⁴

Barnwell pone en duda varios aspectos de tales compilaciones, tales como la propia fecha de redacción, o si éstas eran de carácter público o privado, aunque afirma que los textos eran complementarios.³⁸⁵

³⁸⁰ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 23.

³⁸¹ WORMALD, *op. cit.* p. 29.

³⁸² BARNWELL, *op. cit.*, p. 17.

³⁸³ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 18.

³⁸⁴ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 19.

³⁸⁵ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 19-20.

De las tres compilaciones, centra su análisis en el LC. Afirma que no es concluyente que sea una obra basada en la costumbre germánica, pues ella es constantemente sustituida por nuevas medidas requeridas ante nuevos casos, o ante oscuridad procedimental, y contiene abundantes referencias a precedentes, señalando en la mayoría de las cláusulas los edictos de donde fueron tomadas, o las adiciones realizadas, lo que la asemeja bastante con los rescriptos imperiales y particularmente con el Código teodosiano, también acumulativos.³⁸⁶

Insiste en que la LRB y el LC no son compilaciones que se usaran separadamente para los distintos grupos étnicos, ya que su relación es más compleja, acudiendo Barnwell³⁸⁷ al propio prólogo del LC donde especifica que regulará las relaciones entre romanos y “bárbaros” (o burgundios, como fuera explicado *supra*), lo que quiere decir que ambos grupos estaban sujetos a sus prescripciones, pero no a todas y cada una de ellas.

Con la fijación de tarifas ante injurias físicas, dice Barnwell que los reyes burgundios son los primeros legisladores que ponen en letra las costumbres.³⁸⁸

Señala que la ordalía de juicio por combate podría ser algo particular de la etnicidad burgundia.³⁸⁹ Pero, como apreciamos anteriormente, esto no sería exclusivo de ellos.

En definitiva, muchos de los institutos que tenemos por no romanos de las *leges barbarorum* de hecho tienen antecedentes en el mundo romano, pero no en el derecho civil, sino en la costumbre provincial, la cual no era uniforme en todos los territorios, lo que

³⁸⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 20-21.

³⁸⁷ *Ibidem*, *op. cit.*, p.21.

³⁸⁸ BARNWELL, *op. cit.*, p. 23.

³⁸⁹ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 24.

redundó incluso en la disparidad de normas de las propias *leges barbarorum* entre sí.³⁹⁰

Por todo lo expuesto, señala Barnwell, estamos ante procesos evolutivos lentos antes que a rupturas o procesos de barbarización.³⁹¹

Sostiene que la tesis de la aparente pérdida de eficiencia o paralización de la administración imperial durante la crisis del siglo III, que creó un vacío que fue llenado por la costumbre local o provincial, nos lleva al modelo de “declive y caída”, hoy en desuso. Barnwell³⁹² se inclina por la sutil diferencia de que la fosilización del edicto del pretor en el siglo II y la consecuente pérdida de poder de los oficiales locales hicieron florecer la costumbre y el incremento de su práctica, en coincidencia con el pensamiento de Foucault expresado *supra*. Por ello, expresa, en el Código teodosiano la costumbre no está expresada como fuente de la ley, aunque sin embargo podemos ver una evolución por debajo del nivel imperial en lo expuesto.³⁹³

Los reyes bárbaros asumieron de facto los poderes de los prefectos locales para crear sus normas, lo que incluye las leyes, la interpretación de éstas y la costumbre, todas las cuales antes de la existencia de las *leges barbarorum* se ocupaban ya de las relaciones entre romanos y bárbaros, de las nuevas condiciones sociales tras los asentamientos, como también se utilizaron para reafirmar los poderes de los reyes, en particular la administración de justicia (y como ejemplo tenemos nuevamente la explicitación de las compensaciones, a efectos de que los potenciales justiciables “buscaran” la justicia del rey).³⁹⁴

Acerca de la interpretación de las normas por parte del rey, ver LC. LII. I: “*specialis causa generalemteneat aequitatem*”, principio que ya

390 *Ibidem*, op. cit., pp. 25-26.

391 *Ibidem*, op. cit., p. 26.

392 *Ibidem*, op. cit., p. 26.

393 *Ibidem*, op. cit., p. 27.

394 *Ibidem*, op. cit., p. 28.

estaba vigente para la interpretación de los rescriptos imperiales, lo que en definitiva dejaba a los reyes burgundios operando con una lógica también romana.³⁹⁵

Por lo expuesto, Barnwell define a las *leges barbarorum* como colecciones o compilaciones de los edictos de los prefectos del pretorio siguiendo las tradiciones administrativas romanas en un proceso *ad hoc* que generó un producto también *ad hoc*.³⁹⁶

El derecho civil siguió teniendo importancia en algunas cortes, en la Iglesia y en Constantinopla, como así también el marco de muchas actividades legislativas y judiciales de los siglos venideros.³⁹⁷

VIII. Conclusión

De las exposiciones acerca de los dos sistemas jurídicos en el orden penal puede apreciarse cómo la más moderna investigación problematiza muchos aspectos respecto de la Antigüedad Tardía en materia legal y judicial, todo ello imbricado con las normas romanas que en un mismo territorio, en este caso, el “segundo” reino de los burgundios, donde debemos estudiar el derecho como propio de su tiempo y con las especificidades señaladas. Las *leges barbarorum* fueron siempre el convidado de piedra entre las “dos vidas del derecho romano”³⁹⁸ (Riccobono, 1975), cuerpos extraños y a veces olvidados entre las grandes proezas jurídicas de Roma y sus sucesores políticos, y que el presente trabajo trata de rescatar y demostrar brevemente la importancia, riqueza y complejidad que entraña su estudio.

³⁹⁵ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 86.

³⁹⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 28.

³⁹⁷ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 29.

³⁹⁸ RICCOBONO, S. (1975). *Roma, Madre de las Leyes*. Buenos Aires: Depalma.

IX. Bibliografía

BARNWELL, P. S. (1992). *Emperor, Prefects & Kings: The Roman West, 395-565*. Londres: Duckworth.

BARNWELL, P. S. (2000). “Emperors, Jurists and Kings: Law and Custom in the Late Roman and Early Medieval West”. En *Past & Present*, N° 168, Oxford University Press, pp. 6-29.

DREW, K. F. (1972). *The Burgundian Code*. Pensilvania: University of Pennsylvania Press.

FOUCAULT, M. (1996). *La verdad y las Formas Jurídicas*. Barcelona: Gedisa.

HENDLER, E. S. (2009). *Las raíces arcaicas del Derecho Penal*. Buenos Aires: Del Puerto.

MAIER, J. B. (1999). *Derecho Procesal Penal. Tomo I: Fundamentos*, 2ª edición, 1ª reimp. Buenos Aires: Del Puerto.

ORTUÑO PÉREZ, M. E. (2001). “*Algunas consideraciones sobre las servidumbres en la Lex Romana Burgundionum*”. En *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano (Los Derechos Reales)*. Madrid: Edisofer.

POHL, W. (2003). “The construction of communities and the persistence of paradox: an introduction”. En CORRADINI, R., DIESENBERGER, M. y REIMITZ, H. *The Construction of Communities in the Early Middle Ages. Texts, Resources and Artefacts*. Leiden-Boston: Brill.

RICCOBONO, S. (1975). *Roma, Madre de las Leyes*. Buenos Aires: Depalma.

RINALDI, N. (2017). *Manual de Derecho Romano: Público y Privado*. Buenos Aires: Edictum.

WORMALD, P. (2003). “The *Leges Barbarorum*: law and ethnicity in the post-Roman West”. En *Regna and Gentes*, Vol. 13, Brill: Leiden-Boston, pp. 21-53.

WORMALD, P. (2005). “King and Kingship”. En FOURACRE, P. (ed.). *The New Cambridge Medieval History, Vol. I (500- 700)*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 571-605.

ZAFFARONI, E. R. (2014). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed., 8ª reimp. Buenos Aires: EDIAR.

El Estado benefactor a través de las sociedades de beneficencia en Roma y Argentina. Algunas consideraciones

Por Norma Alicia Juárez y Soledad Andrea Peralta³⁹⁹

Resumen

Si bien el título alude a una idea actual, de ella nos valemos para efectuar una mirada retrospectiva y ubicarnos en Roma durante la República y el Imperio, a fin de analizar la situación de los menos favorecidos en aquella sociedad, y desde allí, trasladarnos a nuestro país, partiendo de una realidad siempre presente, ya mencionada en la Biblia: “Los pobres siempre estarán entre vosotros y cuando queráis podréis hacerle bien” (San Marcos, 14. 7), frase que tomamos en sentido literal, sin entrar a valoraciones dogmático religiosas.

³⁹⁹ Abogadas. Docentes de la Universidad Nacional de Córdoba.

El trabajo se divide en dos partes. La primera de ellas trata de la actividad llevada a cabo por el Estado romano y las sociedades de beneficencia que nacieron con el objetivo de paliar la situación en la que se encontraba buena parte de la población cuando los alimentos resultaban escasos. Inicia examinando la disposición que nace como consecuencia de la expansión territorial denominada *cura annonae*, la transformación de las relaciones clientelares y las medidas tomadas por varios emperadores como los *alimenta*. También se pone la mirada en la influencia que ejerció la doctrina cristiana y la aparición de las denominadas fundaciones *piae causae* de la época bizantina.

En la segunda parte del trabajo desarrollaremos una síntesis de lo acontecido en nuestro país con respecto a la protección social que tuvieron los habitantes de nuestro territorio, especialmente las sociedades de beneficencia. Ocupándonos de su origen, ligado necesariamente a la conquista española, quienes junto a la Iglesia son los principales protagonistas. En 1823, Bernardino Rivadavia instauró una institución novedosa: la Sociedad de Beneficencia, contando con respaldo estatal, para la ayuda a los más necesitados, cuya administración estuvo a cargo de mujeres. Seguidamente se realizará una reseña de la evolución de dichas sociedades en los sucesivos períodos gubernamentales, para culminar con las últimas políticas sociales implementadas. Consecuencia de la pandemia de 2020, el gobierno nacional creó otro beneficio, un bono otorgado con la finalidad de reducir los efectos negativos que la emergencia sanitaria tuvo sobre la economía en general, particularmente sobre los ingresos familiares, constituyendo algunos de los medios utilizados para mitigar las consecuencias del creciente empobrecimiento de la población.

Palabras clave: Estado benefactor; pobreza; beneficencia

Primera Parte

I. Introducción

El trabajo inicia expresando las posibles causas de la existencia de la pobreza en las sociedades de todas las épocas, señalando algunas posiciones desde una óptica sociológica y política, y las verdaderas motivaciones de las soluciones dadas ante este flagelo, marcando luego las medidas implementadas por el Estado romano a través de las distintas épocas para paliar la situación de los menos favorecidos.

II. El estado frente a la pobreza del pueblo

Las descarnadas palabras de Spengler a este respecto parecen describir el accionar del Estado y el uso que hace del poder y del derecho en el que se sustenta ese “ordenamiento concreto y poderoso”⁴⁰⁰ que se impone sobre los miembros de la sociedad a la que rige. Sostiene Splengler:

El Estado entraba a saco no solo en los tesoros, sino en las meras posibilidades y desperdiciaba luego en repartos a la plebe los sobrantes que casualmente quedaran. Basta examinar las grandes figuras políticas de la Antigüedad: Pericles y César, Alejandro y Escipión, y hasta los revolucionarios, como Cleón y Tiberio Graco, para ver que ni uno solo pensó nunca en lejanías económicas. (...) Sería un gran error el interpretar la reforma agraria de los Gracos en sentido occidental y creer que éstos se propusieron hacer de sus partidarios propietarios rurales.⁴⁰¹

⁴⁰⁰ WELTE, B. (1968). *Esencia y recto uso del poder*. Madrid: Taurus, p. 32.

⁴⁰¹ SPLENGLER, O. (1966). *La decadencia de occidente*. Tomo I. Madrid: Espasa

Desde la política plantean dos interrogantes previos para encarar el problema de la pobreza. Señalan que es necesario comprender la naturaleza de este flagelo y también se preguntan si el Estado como “ordenamiento de poder”⁴⁰² debe siempre intervenir para remediarlo, distinguiendo, desde una perspectiva sociológica, si la pobreza es coyuntural⁴⁰³ cuando afecta a ciertos sectores de la población y cabe esperar que pasados las dificultades, su situación mejore, o si en cambio existe pobreza sistémica, considerando la situación de ciertos habitantes que la sufren por estar atrapados en una estructura político o económica, causante de este resultado. Relacionado con lo antes dicho, y desde un punto de vista económico, también considerar la escasez de recursos o la falta de producción de lo indispensable para vivir como causantes de la pobreza de un determinado sector, o si en cambio el problema radica en la equivocada distribución de éstos. Otro autor como Hayek relaciona al problema de la pobreza el tema de la justicia social, idea a la que comúnmente se acude en tiempos actuales para justificar la intervención del Estado en la vida y el desenvolvimiento de la sociedad. Expresa Hayek que la idea de la llamada justicia social “no tiene justificativo alguno en una sociedad de hombres libres y que la razón de que, sin embargo, domine la discusión política es que hemos heredado de un tipo diferente y anterior de sociedad algunos instintos, actualmente inaplicables a nuestra civilización actual.”⁴⁰⁴ Esta idea que aún se aplica, según el autor, para reforzar el poder centralizado del Estado que imparte políticas desconociendo las fuerzas

Calpe, pp. 186-187.

⁴⁰² WELTE, *op. cit.* p. 31.

⁴⁰³ OSBORN, R. (2006). *La pobreza en el mundo romano*. Cambridge: Cambridge University Press.

⁴⁰⁴ HAYEK, F. (1989). “El atavismo de la justicia social”. En *Estudios Públicos*, N° 36. Disponible en: <https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/1520>

creativas propias de los individuos libres, tiene como justificación la necesidad de asegurar su propia existencia, imponiendo reglas y costumbres de sociedades cuyos miembros compartían alimentos y, en general, todos sus esfuerzos. Ello, según el autor, “habría determinado muchas de las tendencias morales que aún nos gobiernan y que aprobamos en los demás”.⁴⁰⁵

III. La pobreza en Roma

Según Osborn, la situación de la pobreza en el ámbito de la sociedad romana está relacionada con el surgimiento de los pobres como grupo social, las distintas formas en las que se representa la pobreza y la estimación que el resto de la sociedad tiene de los pobres.⁴⁰⁶ Al igual que otras sociedades de la Antigüedad, el llamado mundo romano basaba su economía en la agricultura y su población era mayoritariamente rural, poco desarrollada. La desnutrición era generalizada y la expectativa de vida no superaba los treinta años.⁴⁰⁷

Entre las causas que llevaron a parte de la población a caer en la pobreza, la mayoría de los autores señalan la progresiva pauperización del campesinado, provocada por la aparición de “grandes latifundios que absorbieron a la pequeña propiedad, y los esclavos hicieron desaparecer del campo a los braceros libres”,⁴⁰⁸ ya que “por razones económicas bien falaces, baratura de la mano de obra, ausencia del servicio militar, los latifundistas emplearon ejércitos de esclavos y nunca trabajadores libres”.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ HAYEK, F. (2010). *La arrogancia fatal*. Madrid: Marcial Pons.

⁴⁰⁶ OSBORN, *op. cit.*

⁴⁰⁷ *Ibidem*.

⁴⁰⁸ HEITLAND, W. E. (1947). *Agricultura. El legado de Roma*. Madrid: Pegaso, p. 642.

⁴⁰⁹ SUÁREZ FERNÁNDEZ, L. (1969). *Historia social y económica de la edad media*

La población campesina arruinada por haber perdido sus campos devino en obreros agrícolas o, en casos menos afortunados, se vieron obligados a emigrar a las ciudades, principalmente a Roma, en búsqueda de trabajo, que generalmente no conseguían,⁴¹⁰ pasando así a formar parte de la población pobre habitando en zonas marginales. Mommsen, refiriéndose a la pobreza, expresa que “estos robustos labradores desaparecían oscurecidos por las dos clases que dominaban en Roma: el populacho que mendigaba y la alta sociedad propiamente dicha”.⁴¹¹

También se señaló la utilización política que dirigentes inescrupulosos hicieron de esta lamentable situación, ya que “la precaria situación de los ciudadanos pobres de Roma obligó al Estado a repartir grano entre ellos en un proceso conocido como la *Annona*. Ésta se convirtió en una herramienta propagandística de primer orden utilizada tanto por políticos como por emperadores para captarse el favor del pueblo”.

Se señala también la decadencia moral de toda la sociedad como efecto pernicioso de esta situación. “No pudiendo el hombre de las bajas clases sustraerse al hambre de otra suerte que recibiendo su pan del Estado, la mendicidad efecto y causa a la vez de su miseria, le sumergía en la corrupción y en la holganza del propietario pordiosero”.⁴¹² Este panorama de decadencia fue determinante para convertir también a la institución de la clientela en “una forma parasitaria”,⁴¹³ participando en la “degeneración de la democracia y en el fin de la República”.⁴¹⁴

europa. Madrid: Espasa Calpe. p. 29.

⁴¹⁰ KOVALIOV, S. I. (1959). *Historia de Roma*. Tomo II.. Buenos Aires: Futuro, p. 182.

⁴¹¹ MOMMSEN, T. (1960). *Historia de Roma*. Tomo II. Madrid: Aguilar, p. 1032.

⁴¹² *Ibidem*, *op. cit.*, p. 1033.

⁴¹³ KOVALIOV, *op. cit.*, p. 183.

⁴¹⁴ *Ibidem*.

IV. El Estado romano y la solución a la pobreza

Señala Ihering que el Estado romano llevó a cabo medidas de asistencia pública en pro de las clases inferiores como la concesión de tierras y la institución de un funcionario especial, el *praefectus annonae*, encargado de la provisión de trigo para evitar el acaparamiento del cereal y a cargo del Estado de comprar trigo y venderlo a menor precio y, hacia el fin de la República, distribuirlo gratuitamente,⁴¹⁵ beneficio que alcanzó a otros productos como la sal y el aceite. Refiere que el Estado intervino para lograr reducción de las deudas contraídas por los campesinos, utilizando fondos del tesoro público y promoviendo el acuerdo entre acreedores y deudores, concluyendo que “el Estado no permanecía indiferente ante el bienestar del individuo”, aclarando que su intervención se limitaba a lo estrictamente necesario, “a diferencia del Estado policíaco moderno, que se cree obligado a extender por todas partes su inquisición”.⁴¹⁶

V. República. *Annona*

Ante esta realidad, en tiempos de la República romana fue necesario crear una magistratura especial encargada de distribuir el trigo, de su reparto, de la comercialización y transporte de cereales en general, denominado *cura annonae* o *annona*, de cuya existencia dan cuenta las fuentes justinianeas,⁴¹⁷ significando *annona-ae* (*annus*)

⁴¹⁵ VON IHERING, R. (2005). *El espíritu del Derecho Romano*. Abreviatura de Fernando Vela. Madrid: Marcial Pons, p. 165.

⁴¹⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 166.

⁴¹⁷ D. 48. 12 y C. 10. 16. citado en VÁZQUEZ, H. (1998). *Diccionario de Derecho Romano*. Buenos Aires Zavalía.

“cosecha anual sobre todo de trigo y víveres y en otra acepción la misma palabra alude al abastecimiento de víveres”.⁴¹⁸

La población de Roma a fines de la República constituía una enorme aglomeración humana y la cantidad de habitantes puede calcularse en base al número de beneficiarios de las distribuciones gratuitas de trigo en el siglo I a. C.⁴¹⁹

En principio cualquier ciudadano varón adulto podía recibir este beneficio, estimado en 180.000 la cantidad de favorecidos con esta medida hacia el año 70 antes de nuestra era, 270.000 en el año 62 y 320.000 después de la *Lex Clodia* frumentaria del año 58 a. C.⁴²⁰ Esta ley dispone que el grano debía repartirse en forma gratuita a la población más pobre,⁴²¹ mientras que las anteriores disposiciones, la *Lex Sempronia* del año 126 a. C. y la *Lex Terentia et Cassia* frumentaria del año 73 a. C., establecían la distribución de granos a precios subvencionados. La *Lex Clodia* dispuso que el abastecimiento de granos se transformara en un servicio público y que el Estado surtiese a Roma de trigo, vendiéndolo al precio económico de seis ases y un tercio el celemín.⁴²² Además, crea el Departamento de Regulación de Abastecimientos,⁴²³ a fin de asegurar la eficacia de la ayuda a los desprotegidos con el nombramiento de un *curator annonae*, que confeccionaba las listas de los que podían acceder a ese derecho, sin

⁴¹⁸ VV.AA. (1989). *Diccionario Ilustrado Latino español-Español-latino*. Buenos Aires: Vox.

⁴¹⁹ NICOLET, C. (1982). *Roma y la conquista del mundo mediterráneo*. Barcelona: Labor, p. 12.

⁴²⁰ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 14.

⁴²¹ <https://es.wikipedia.org/w>.

⁴²² FERRERO, G. (1961). *Grandeza y decadencia de Roma*. Tomo I. Buenos Aires: Siglo XX, p. 49.

⁴²³ STUART JONES, H. (1947). *El legado de Roma. Administración*. Madrid: Pegaso, p. 133.

limitación en el número de beneficiarios, y permitió a los libertos el cuidado del abastecimiento de los granos,⁴²⁴ lo que causó el aumento de las manumisiones en detrimento del tesoro público.⁴²⁵ César y Augusto establecieron un número fijo de personas que serían alcanzadas por este beneficio, por ello este derecho de recibir trigo en forma gratuita se convirtió en un verdadero privilegio. A causa de este beneficio muy probable que muchos ciudadanos que residían en las inmediaciones de Roma se trasladaran a la capital a recibir este beneficio.⁴²⁶

VI. Imperio. *Annona* y alimenta

Al asumir el gobierno Octavio Augusto, una de las tantas transformaciones estuvo referida a la *annona*, pues la reconocida agudeza política del príncipe le hizo comprender, según palabras de Suetonio, “la conveniencia de continuar con esta medida” y así fijó en 200.000 el número de beneficiados con el precio del grano regulado por el Estado, a fin de evitar cualquier especulación que causara hambrunas.⁴²⁷ Las reformas efectuadas por Diocleciano incluían fundamentalmente la organización del Estado y las funciones propias de la hacienda, que consistían principalmente en la percepción de impuestos. Relacionado con ello estaba la *annona cívica*, que se pagaba en especie por parte de Egipto, principal provincia productora. En concordancia con su política restauradora de las antiguas costumbres y la legislación que promueve la familia y los nacimientos, se estableció, como muestra

⁴²⁴ <https://es.wikipedia.org/w>.

⁴²⁵ NICOLET, *op. cit.*, p. 14.

⁴²⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 15.

⁴²⁷ https://www.google.com/search?q=national+geographic+annona&sca_esv.

de liberalidad, incluir a los niños mayores de diez años en los repartos de dinero en favor del pueblo, *congiaria*.⁴²⁸

En el año 114 de nuestra era, el emperador Trajano pone en marcha un plan para la protección alimentaria de niños y niñas residentes en la península itálica, instituyendo una fundación de carácter público con esa finalidad. El funcionamiento del programa consistía en un préstamo de dinero que otorgaba el emperador a propietarios de fundos, quienes asumían la obligación de mantener económicamente a un cierto número de niños y niñas. Los detalles surgen de dos tablas de bronce, una de ellas llamada Velejana, hallada en la región de la Emilia romana, y la tabla Ligures Baebiani, encontrada cerca de Benevento. En relación a esta última, se encuentra referencia de un propietario de nombre Turselius Pudens, “propietario de una finca cerca de Ligures Baebiani en Samnium, valorada en el año 101 d. C. en cincuenta mil sestercios, de los cuales tres mil sestercios se destinaron a un fondo establecido por Trajano para el sostenimiento de los niños pobres del distrito”.⁴²⁹ Como surge de las fuentes citadas, dejando a salvo la parcialidad de la muestra, se estima que la ayuda de los alimenta se centró en la zona central de la península, en la región del lacio y la campania. De todos modos, y a pesar de las opiniones respecto de la verdadera intención del emperador,⁴³⁰ la conciencia llegó a algunos particulares como Plinio el Joven, que legó en su testamento quinientos mil sestercios para el mantenimiento de niños y niñas de Como, su ciudad natal.⁴³¹ El método para asegurar los fondos y sostener el sistema de ayuda fue el de asignar a ese fin

⁴²⁸ *Congiaria*, *congiarium*, *congius*: medida de capacidad, distribución de víveres o de dinero al pueblo.

⁴²⁹ https://en.wikipedia.org/wiki/Corpus_Inscriptionum_Latinarum.

⁴³⁰ LÓPEZ BARJA de QUIROGA, P. y LOMAS SALMONTE, F. (2004). *Historia de Roma*. Madrid: Akal, p. 316.

⁴³¹ https://www.biografiasyvidas.com/biografia/p/plinio_eljoven.htm.

concreto parte de los ingresos derivados de una finca determinada, que pueden calificarse como patrimonios adscriptos o fundaciones fiduciarias.⁴³² Este plan de ayuda se mantuvo y fue tomado por otros emperadores como Antonino Pío, quien, queriendo favorecer a las niñas pobres, creó una fundación a la que llamó *Faustinae*, en honor a su esposa Faustina, y Marco Aurelio, quien, siguiendo con el plan de alimentar a los niños necesitados, constituyó una fundación en honor de su hija Lucilla.⁴³³

VII. Imperio bizantino. Las fundaciones

En tiempos de Constantino se estableció que la *annonaria* comenzara inmediatamente después de la fundación de la ciudad, disponiendo que la producción de Egipto, provincia *anonaria*, no se enviara a Roma y que todo lo producido en esa región del norte de África se distribuyera entre Constantinopla y Alejandría. Esto se debió a que, por decisión de Diocleciano, la ciudad ya tenía concedida la *alimonia*,⁴³⁴ que era el trigo obtenido con el pago de las prestaciones de los contribuyentes y que se distribuía entre los indigentes de la ciudad del norte de África. Los asistidos formaban las categorías ya conocidas: los ciudadanos pobres, *annonae popularis*; los servidores de palacio, *annonae palatii*; y las tropas de la guardia, *annonae militaris*. El beneficio se adscribió a toda

⁴³² BLANCH NOGUES, J. M. (2007). “Sobre la personalidad jurídica de las fundaciones en Derecho Romano.” En *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 16. Disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/articulo/view/6091/6552>.

⁴³³ https://es.wikipedia.org/wiki/Historia_Augusta.

⁴³⁴ BERR, H. (dir.). (1956). *La evolución de la humanidad. Tomo XLIX. Las instituciones del Imperio Bizantino*. México: UTEHA, p. 169.

casa recién construida, transmisible a los herederos y compradores de la casa con la denominación de *panisaedium*.⁴³⁵

La política de tolerancia del emperador Constantino I fue el paso fundamental para la cristianización de la sociedad, y está comprobado que a partir del siglo IV comenzó a ser la religión predominante del Imperio.⁴³⁶ Las obras de beneficencia fueron el vehículo de desarrollo del cristianismo, que proclaman como mandato apostólico “el cuidado solícito de los huérfanos, la atención a los enfermos, a los desvalidos y a los necesitados”⁴³⁷ y contaban para ello de cuantioso patrimonio, del que gozaron las distintas comunidades cristianas a partir del reinado de Constantino I.

Como resultado de ello, la realidad de esa época muestra que en Constantinopla existían numerosas casas de retiro, asilos, organismos de previsión, albergues populares y, sobre todo, hospitales, ya que la doctrina cristiana impedía, como principio de caridad, que “en modo alguno los indigentes y los enfermos debían ser abandonados”. Se destaca el que fundara en el año 372 el obispo Basilio “era de grandes dimensiones. Los huérfanos eran allí acogidos y se les enseñaba algún oficio; también llegaron a ocuparse de los leprosos”.⁴³⁸

Las organizaciones de beneficencia nacidas en la época cristiana se conocen con distintas denominaciones que surgen de las fuentes justinianeas, como las *piae causae*; *venerabilia loca*, *religiosissima loca*, *venerabilia collegia o corpora*, *venerabiles domus*, contenidas principalmente en el Código y en las Novelas. De esta forma, Justiniano recogió lo legislado por anteriores emperadores en lo que se refiere a la organización y actuación en el campo del derecho de la Iglesia católica en su carácter de institución, reconociéndole la capacidad

⁴³⁵ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 170.

⁴³⁶ LÓPEZ BORJA, *op. cit.*, p. 611.

⁴³⁷ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 614.

⁴³⁸ WALKER, J. M. (2005). *Historia de Bizancio*. Madrid: Edimat, p. 152.

para recibir donaciones, aceptar herencias, legados y fideicomisos, adquirir frutos y accesiones, legitimación activa para ser parte en los procedimientos judiciales, capacidad para contratar.⁴³⁹ De esta manera, se confirman así las donaciones, testamentos y legados otorgados a la Iglesia que tuvieran como finalidad el desarrollo de actividades fundacionales pías, destinadas al cuidado y la nutrición de niños huérfanos, de los pobres, ancianos, enfermos, así como para la redención de cautivos, sujetos a prisión de guerra ⁴⁴⁰

Según legislación de Justiniano, las fundaciones *piae causae* para funcionar debían contar con capital suficiente y una dotación de personal idóneo para administrar las propiedades y llevar a cabo el propósito mismo de la fundación. El obispo del lugar del domicilio de la entidad tenía la responsabilidad por el efectivo cumplimiento de las disposiciones caritativas contenidas en los testamentos o legados recibidos. Los ecónomos debían rendir cuenta de su gestión ante el obispo. También a fin de su constitución, el fundador de la entidad debía prestar garantías; así, para el caso de fundaciones de quinientos sueldos de oro o más de capital, se exigía una declaración que debía anotarse en el registro municipal.⁴⁴¹

Segunda Parte

I. Introducción

En la segunda parte del trabajo desarrollaremos una síntesis de lo acontecido en nuestro país con respecto a las sociedades de beneficencia. Por ello, nos ocuparemos de su origen en nuestro territorio,

⁴³⁹ BLANCH NOGUÉS, *op. cit.*, pp. 9-28.

⁴⁴⁰ Nov. 131. 11. Edición de García del Corral.

⁴⁴¹ BREHIER, *op. cit.*, pp. 474-475.

el cual se encuentra ligado necesariamente a la conquista de los españoles, quienes junto a la Iglesia son los principales actores en dicho escenario. En la época colonial, la Iglesia tuvo una importancia fundamental, ya que a través de ella giraba toda la vida social de aquel tiempo. Seguiremos su análisis en la época de la independencia, para luego continuar con su análisis en los diferentes períodos presidenciales hasta llegar a la actualidad.

II. Época colonial

Es en este período que la Iglesia adquiere un papel principal como actor social en cuanto a su participación en el ámbito social, casi de manera exclusiva. Es una de sus tareas primordiales, además de la de predicar la palabra de Dios. Por medio de sus instituciones, las que a su vez funcionaban como registro civil, escuelas, instancias de resolución de conflictos entre individuos y entre familias, centros de fiesta, y también como organizaciones de ayuda mutua, de asistencia médica y social. Durante toda esta etapa, los movimientos filantrópicos fueron especialmente desarrollados por las comunidades religiosas, las cuales se enmarcaron esencialmente respecto a la asistencia y educación. Los laicos también formaron parte de este proceso de intervención en las cuestiones sociales a través de la presencia del Estado colonial. Ello fue posible por medio de las donaciones que los vecinos realizaban para que el Estado asistiera a los más necesitados. Se realizó en 1611, por primera vez, la donación de un inmueble con fines caritativos en Buenos Aires, época en la que se encontraba la propuesta de la construcción del Hospital General San Martín, por el Ayuntamiento y el Cabildo, requiriéndose para ello cuatro solares pertenecientes a diferentes vecinos, a quienes se les propuso permutarlos por otros o venderlos. Uno de ellos, don Antonio Fernández Barrios, enterado del destino del

solar, lo entregó “por su libre voluntad como limosna y obra pía, y gracias presentes, en donación perfecta, irrecusable, entre vivos”.⁴⁴² Lo que se aprecia en este tramo era la superposición de esfuerzos e iniciativas frente a los problemas sociales que el desarrollo político y económico generaba.

En 1779, el síndico procurador general Marcos José de Riglos solicitó al virrey la creación de la primera Casa de Niños Expósitos en Buenos Aires, que especificaba la situación de la niñez en ese momento. Ante la existencia de “muchos niños arrojados a las puertas y ventanas de los vecinos, pereciendo por la intemperie de la noche, y otros expuestos en las veredas y luego pisados, cuando no comidos por perros y por cerdos”,⁴⁴³ se expresó que luego de ello se mataron los perros y cerdos que fueron encontrados en la vía pública. Para su mantenimiento, se le asignó las rentas de nueve viviendas y lo producido por la primera imprenta establecida en Buenos Aires. Todo ello resultó muy escaso, y se propuso el monopolio de la venta de cartillas y la esclavitud de los expósitos, los cuales fueron negados rotundamente por la corona. Luego le fueron asignados las rentas, multas e impuestos, como así también los aportes de privados. Pero fue su guardián y principal defensor el tesorero de la Hermandad de la Santa Caridad, Manuel Rodríguez de la Vega, que a su fallecimiento legó una propiedad en su favor, resultando su traspaso a la Sociedad de Beneficencia junto con el resto de las instituciones que conformaban dicha Hermandad en el año 1822.

Asimismo, podemos mencionar iniciativas privadas realizadas por Manuel Belgrano y José de San Martín, quienes por iniciativa propia deciden colaborar con las actividades educacionales de

⁴⁴² Actas del extinguido Cabildo de Buenos Aires, citado en Meyer Arana, Tomo I, p. 17.

⁴⁴³ THOMPSON, A. (1994). *El tercer sector en la historia argentina*. Buenos Aires: CEDES, pp. 11 y ss.

aquel tiempo. En el caso de Belgrano, propone la creación de la Biblioteca Pública de Buenos Aires, donando sus libros, y la construcción de las escuelas primarias en Santiago del Estero, Tucumán, Jujuy y Tarija. Quien entrega la mayoría del reconocimiento monetario recibido por su actividad libertadora fue San Martín, quien funda la Biblioteca Nacional del Perú y la Biblioteca Pública de Mendoza.

Las órdenes religiosas como los jesuitas, dominicos, benedictinos y franciscanos fueron los que comenzaron con todas las actividades asistenciales en los ámbitos de salud, educación y social en nuestro territorio, así como también en algunos países limítrofes. Podemos observar que, ya sea en el ámbito privado o público, la actividad filantrópica siempre estuvo presente y que de allí surgieron los diferentes servicios sociales que hoy nuestro país sigue ejecutando.

III. Independencia

En la sociedad de la etapa colonial, las actividades educativas y sanitarias, especialmente las designadas a mermer los padecimientos de menesterosos y pobres, en los inicios de la independencia de nuestro país habían sido responsables las diferentes órdenes religiosas como también los hombres notables de ese momento. Con la Revolución de Mayo de 1810, comenzaba un proceso de transmisión de las obras caritativas a organizaciones laicas pero con una presencia estatal principal.

En 1823, a poco de lograrse la independencia de nuestro país, Bernardino Rivadavia creó una innovadora institución para ese momento, la Sociedad de Beneficencia.⁴⁴⁴ Aquí es el Estado

⁴⁴⁴ GOLBERT, L. (2010). *De la Sociedad de Beneficencia a los Derechos Sociales*.

el encargado de atender a los más necesitados, produciéndose la secularización de un espacio que hasta ese momento estaba bajo el dominio de la Iglesia. Ésta no fue la única novedad, ya que su administración se encomendó a las mujeres, debiendo encargarse además de otras obligaciones como de la enseñanza de las niñas en una ciudad como la de Buenos Aires que, hasta ese momento, no contaba con escuelas para ellas. La dirección de tres establecimientos caritativos para mujeres y niños como la Casa de Expósitos, el Hospital Rivadavia y la Casa de Huérfanas, hasta ese momento a cargo de órdenes religiosas masculinas, también quedó para las señoras distinguidas de esa época.

Se puede percibir el papel principal que le conceden a las mujeres en ese momento. Los objetivos fundacionales de la Sociedad de Beneficencia fueron la perfección de la moral, el cultivo del espíritu en el bello sexo y la dedicación de éste a lo que se llama industria, que resulta de la combinación y el ejercicio de aquellas cualidades. Dicha organización no solo estaba encaminada a la asistencia social, sino que también involucraba la idea moralizadora de los indigentes, donde las mujeres patricias del momento tenían un protagonismo trascendental.

El conjunto de las mujeres que conformarían la Sociedad de Beneficencia eran seleccionadas por ser esposas y parientes próximas de los terratenientes, comerciantes y propietarios distinguidos de la ciudad y provincia de Buenos Aires. Ello demuestra que, además del género, debían reunir los requisitos de riqueza, instrucción y, por sobre todo, condiciones morales, es decir, pertenecer a la clase social alta de aquellos tiempos.

Otro punto a tener en consideración es su vinculación con el Estado, ya que al asimilar que no podía tomar a su cargo la administración de dicha institución la delega en manos privadas, es decir, a las mujeres,

1a. edición. Buenos Aires: Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

para que sean las encargadas de su organización en todo lo referido a la asistencia social de ese momento. El Estado será el principal aportante de fondos para poder llevarse a cabo las actividades sociales. Aproximadamente por el plazo de treinta años es que la Sociedad de Beneficencia se ocupó exclusivamente de todas las tareas de asistencia y caridad. Entre 1838 y 1852, período rosista, se suspendieron de manera rotunda todas sus actividades, con el justificativo de que carecían de presupuesto para poder solventar las tareas de caridad

El Consejo General de Escuelas, creado en 1876, le quita una de las funciones principales con la que contaba la Sociedad de Beneficencia, el área educativa, ya que las escuelas de niñas ingresarán al ámbito estatal, quedándole un área más restringida de acción, la que consistió solo en las tareas hospitalarias y de carácter asistencial.

En 1882 se sanciona la primera ley orgánica de la Municipalidad de Buenos Aires y dentro de sus facultades encontramos que el gobierno municipal debía proporcionar los medios económicos que designe el presupuesto. La Sociedad de Beneficencia obtiene en 1908 personería jurídica, convirtiéndose en una institución oficial, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

Argentina se encontraba en proceso de evolución. En los comienzos del siglo veinte la mayoría de los habitantes se hallaba en las grandes ciudades, originando al Estado nuevos compromisos. Es por ello que en 1912 la ley electoral fue modificada, produciéndose la concurrencia del género masculino adulto y su involucramiento en la actividad política. Asimismo, debemos mencionar la Ley 1420, la cual establecía que la educación sería gratuita y obligatoria en todo nuestro territorio nacional. Por aquel período, los ciudadanos que se encontraban en edad para poder trabajar eran los que podían concurrir a sus respectivos sindicatos. Lo manifestado hasta aquí generó que el Estado produjese nuevas instituciones transformadoras, logrando así el inicio del nuevo sistema de protección social. Porque no solo otorgó protección y asistencia a los enfermos, indigentes, niños y ancianos, sino que se comprometió en otorgar y mejorar las

circunstancias de vida de los jóvenes y adultos sanos, procurando protegerlos ante riesgos específicos.

Entre algunos beneficios que fueron concedidos originariamente en la ciudad de Buenos Aires y en muy pocas ciudades del interior del país, podemos mencionar que determinados grupos de trabajadores percibieron, ya sea del propio Estado o de los empleadores privados, algunos beneficios que no eran contemplados en la ley. Algunos de ellos obtenían, por ejemplo, el acceso a una jubilación. Los beneficiados fueron empleados públicos, militares, docentes y ferroviarios, mientras que el resto no pudo acceder a ello hasta el año 1943.

Con la llegada de los inmigrantes se produce el incremento de los servicios de salud por parte del Estado, como así también la constitución de sus propias mutuales. Estas entidades proporcionaban a sus afiliados mejores privilegios que al resto de los trabajadores, logrando participar desde sus comienzos al igual que el Estado, los empresarios, sindicatos y organizaciones de la sociedad civil, marcando el camino que debían seguir, lo cual se mantiene actualmente en todo lo referente al sistema de protección social.

Comienza con el derrocamiento de Hipólito Yrigoyen un recorrido de golpes militares en nuestro país, originando en los años posteriores un ejercicio habitual. A ello debemos considerar la situación económica, no menor para esos tiempos, donde la crisis del 29 generó como consecuencia una política nueva, que se sustentaba en la sustitución de las importaciones y en el desarrollo del mercado interno, provocando que el Estado tuviese un control mucho más activo en todo lo referido al mercado interno y su desarrollo. Asimismo, en lo referente a la regulación de las relaciones laborales, se produce una participación mucho más presente por parte del Estado, generando mayor protección hacia los trabajadores, los cuales lograron tener una intervención muy importante y reconocida, sobre todo en los momentos en que debían negociar por sus derechos.

La llegada de Juan Domingo Perón en la Secretaría de Trabajo en 1943 genera un cambio notable en la historia de las políticas

sociales. En su discurso oficial pregonó el derecho de los trabajadores a la protección social. A través de la Fundación Eva Perón, los derechos sociales fueron extendidos a los niños y ancianos. Por ello se considera que se expandió la cobertura de la protección social al conjunto de los trabajadores y se sumaron a los ya existentes nuevos beneficiarios. Es así que las mujeres obtienen la posibilidad de emitir su voto en 1949, adquiriendo definitivamente su plena ciudadanía política.

Luego, la Sociedad de Beneficencia en 1948 conformará y dependerá de la Dirección Nacional de Asistencia Social. A partir del 1950 se puede apreciar su decadencia, ya que es el propio Estado el responsable de asumir muchas de sus atribuciones y labores, hasta llegar al punto de ser sustituida completamente por una institución privada cuasi gubernamental, la Fundación Eva Perón.

El proyecto fue propuesto por Perón, cuya dirigencia sindical consideraba que centralizar y homogeneizar los beneficios de protección social no era provechoso para sus afiliados, aduciendo que se vulneraban derechos adquiridos. Es así que el propio gobierno terminó avalando la creación de obras sociales sindicales, las cuales acrecentaron la fragmentación del sistema de salud.

Se produce con las organizaciones sindicales un fortalecimiento del que hasta ese momento carecían, ya que a través de la numerosa afiliación de los trabajadores, así como también la legislación, los respaldaba en cuanto a los recursos económicos y les concedía un poder que hasta el día de hoy conservan. Se pone énfasis en la Ley de Asociaciones Profesionales, que le confiere el privilegio de la representación de la agrupación de los trabajadores de una rama de actividad a los sindicatos, logrando convertirlas en uno de los principales actores, con grandes cualidades, a la hora de negociar ya sea con la patronal o con el Estado. Es por esa razón que a partir de allí y hasta la actualidad, la intervención de los sindicatos no solo se circunscribe a requerir por mejores circunstancias laborales o mayores salarios, sino que se suman más servicios a sus afiliados,

como asistencia médica específica o, para sus vacaciones, les ofrecen hoteles que son propiedad de sus sindicatos.

Desde 1955 hasta 1976 se producen numerosos golpes militares, consecuencia de la alta conflictividad, produciéndose una merma importante en la actividad electoral. Es por ello que la situación de los más vulnerables, los pobres, quedó relegada de la política de aquellos tiempos. Al carecer de representación política, ya que el partido que se ocupaba de ellos se encontraba proscrito, padeciendo la incapacidad de organización propia, es que el cuidado de los pobres estuvo circunscripto a las escasas atenciones que desarrollara el gobierno de turno, muy precarias debido a la falta de recursos de aquellos momentos. Dicha circunstancia fue muy bien aprovechada por los sindicatos porque asumieron la defensa de sus intereses, logrando un papel fundamental al transformarse en intermediarios obligados en la defensa de los derechos vulnerados por este sector, siendo los principales negociadores para los gobiernos, sin importar que fuesen militares o civiles.

Se produce la ampliación de los derechos sociales de los trabajadores durante el gobierno militar de la autodenominada Revolución Argentina, creando el Instituto Nacional de Jubilados y Pensionados y el Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI). Asimismo, también se aprobó la Ley 18610 de Obras Sociales, la cual instruyó la adhesión obligatoria de todos los trabajadores registrados al sistema de obras sociales sindicales. Esta ley aumentó la fragmentación y la desigualdad del sistema de salud, generando que las obras sociales de los diferentes sindicatos ofrecieran prestaciones de acuerdo con los recursos disponibles.

A partir de 1976 las políticas sociales generan un nuevo camino, que se desarrolla hasta inicios del milenio. En esta época se produce la exclusión social, la cual estuvo marcada por el vínculo entre las políticas económicas y las políticas sociales implementadas por el gobierno. Solo a modo de referencia podemos citar el empleo de una fuerte política represiva, provocando y afectando los derechos civiles

y políticos fundamentales, a lo cual debemos adicionar una política económica con una finalidad de someter al movimiento de obreros. El incremento del desempleo, originado por el rumbo económico del gobierno militar al desindustrializar, produjo la informalidad laboral, excluyendo del sistema de protección social en cantidad más que considerable a los trabajadores de ese tiempo.

IV. Gobiernos democráticos

En 1983 nuestro país recupera la democracia, momento en el cual se pudieron apreciar las consecuencias de las políticas empleadas en los gobiernos anteriores, encontrando una cantidad considerable de pobres y también de trabajadores que habían sido excluidos del sistema de seguridad social. Consecuencia de la hiperinflación, la mayoría de los ciudadanos perdieron su poder adquisitivo, ya que el empleo disminuyó notablemente, generando la caída de numerosas familias en indigencia.

En la década del noventa se produjo el mayor agravamiento de las condiciones laborales de los trabajadores activos al provocarse su apartamiento del trabajo formal, fruto de las políticas económicas y laborales implementadas durante la presidencia de Carlos Menem. Las clases medias, las cuales poseían trabajos formales en diferentes categorías ocupacionales, con educación y recorrido laboral prolongado, se vieron perjudicadas y se unieron al sector de la pobreza, como consecuencia de la flexibilización laboral y el desmoronamiento de los salarios.

El gobierno implementó numerosos programas de protección muy limitada y principalmente fueron de períodos breves, ocupados solo en cubrir las necesidades básicas de los pobres, sin enfocarse en crear nuevamente las condiciones necesarias para crear puestos genuinos, y con ello, restituir los trabajos perdidos de los ciudadanos. Por este

motivo se considera que los derechos sociales en este período experimentaron una regresión muy importante, siendo lo más llamativo que nos encontrábamos en un gobierno democrático.

En 2002, las políticas sociales implementadas por los gobernantes de turno establecen un cambio notable en cuanto a las utilizadas en la década pasada. Con el desequilibrio de la convertibilidad, el cual se produjo en los inicios del nuevo milenio, se implementó un programa de crecimiento, logrando que los trabajadores que habían sido expulsados se reincorporaran en el mercado laboral. Es así que se implementan nuevas políticas para lograr el crecimiento del trabajo formal, logrando plazas nuevas de trabajos. Por ello, la política social empleada por el gobierno para el blanqueo del mercado laboral consiste en introducir a todos los trabajadores excluidos en el sistema de seguridad social.

Uno de los métodos utilizados fue la creación de la moratoria previsional, implementada en 2004, que consistía en la posibilidad de acceder al beneficio jubilatorio e ir abonando los aportes que faltasen a medida que el jubilado cobraba sus haberes, es decir, las personas en su mayoría pudieron jubilarse a pesar de faltarles los treinta años de aportes requeridos por dicha prestación, proporcionándoles el acceso al haber mínimo jubilatorio. A ello debemos sumar la Asignación Universal por Hijo, aprobada en diciembre de 2009, la cual tenía por finalidad que los progenitores recibieran un importe dinerario por cada hijo, siempre y cuando cumplieran con la escolaridad de éstos más el calendario vacunatorio obligatorio. De esa manera se garantizaba que los niños, niñas y adolescentes estaban recibiendo educación y contaban con salud por los controles realizados por el organismo, que se encargaba de corroborar el cumplimiento de los requisitos mencionados. Ambas medidas buscaban paliar de la mejor manera posible los inconvenientes sufridos por gran parte de la población argentina. Si bien fueron medidas que pudieron dar un poco de valor a sus beneficiarios, debemos tener presente que el trabajo genuino es el que dignifica y otorga valores a los habitantes de cualquier país del mundo.

Consecuencia de la pandemia de 2020, el gobierno nacional creó el IFE (Ingreso Familiar de Emergencia), que era un bono con la finalidad de disminuir la emergencia sanitaria sobre la economía familiar, constituyendo algunos de los medios utilizados para mitigar las consecuencias del empobrecimiento, debido a la falta de trabajo, ya que no se podían realizar las tareas habituales. La prestación se mantuvo por bastante tiempo, ya que a pesar del retorno a las actividades habituales, el resultado de la pérdida de puestos laborales provocó que muchas personas tuvieran que seguir percibiendo esa suma dineraria para poder hacer frente a sus necesidades elementales.

En 2024 nos encontramos con un nuevo gobierno nacional, el cual se encuentra abocado a aminorar la grave situación económica que atravesamos los argentinos. Una de sus políticas sociales implementadas fueron las de mantener los planes sociales otorgados, pero realizando un análisis de los beneficiarios, consecuencia de ello encontraron que numerosos beneficios habían sido concedidos a personas que no los necesitaban realmente, ya que se encontraban trabajando en alguna repartición pública ya sea a nivel nacional, provincial, municipal o en empleos privados. Los objetivos planteados por los funcionarios nacionales son de brindar asistencia, cubriendo las necesidades básicas de las personas que realmente se encuentren en condiciones de vulnerabilidad, y dar de baja la asistencia otorgada a personas que tienen algún otro beneficio o poseen trabajo registrado, para poder optimizar y distribuir los escasos recursos con los que cuenta el Estado nacional.

A comienzos de año, el Poder Ejecutivo Nacional envió al Congreso Nacional un paquete de medidas con la finalidad de sancionar un conjunto de normas que le permita al gobierno poder salir de la crisis económica y social que nos encontramos atravesando. Entre ellas, solo mencionaremos las que nos conciernen a nuestro objeto de estudio. En principio, la llamada “Ley Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos” obtuvo el voto favorable en la Cámara de Diputados de la Nación con 142 votos positivos, 106

negativos y cinco abstenciones, promoviendo una amplia reforma del Estado con desregulaciones y modificaciones en diversas áreas. Luego, al pasar por el Senado Nacional, fue aprobada pero con cambios, entre ellos la derogación del artículo que pretendía modificar la moratoria provisional. Hasta el día de hoy, esto permite comprar los aportes faltantes para las personas que llegaban a la edad jubilatoria y les permitía ir abonándolos a medida que cobraban el beneficio, descontándoselos de la cuota de la moratoria. La “Ley de Bases” lo que buscaba era implementar la Prestación de Retiro Proporcional, donde las personas que quieran acceder al beneficio jubilatorio y no cuenten con los treinta años de aportes para iniciar el trámite solo podrían acceder a la Pensión Universal para el Adulto Mayor (PUAM), la que concede el acceso al ochenta por ciento del haber mínimo jubilatorio, debiendo tener cumplidos los sesenta y cinco años de edad, acreditando como mínimo diez años de aportes jubilatorios al sistema previsional y no haber renunciado voluntariamente a un empleo en los últimos treinta y seis meses previos al cumplimiento de la edad jubilatoria. Pero al ser rehazada por Senado, esta reforma quedó sin efecto.⁴⁴⁵

Todo lo expresado en esta pequeña síntesis de lo sucedido en nuestro territorio nacional nos demuestra que la caridad y beneficencia siempre estuvieron presentes en nuestra sociedad. Pero debemos tener especial consideración el momento en que el Estado ocupa un rol fundamental, ya que asume la responsabilidad de solventar a través de diferentes beneficios la cobertura de las necesidades básicas de los carenciados y, principalmente, de aquellas personas que gozaron del privilegio de obtener un trabajo registrado, el cual le proporcionó el acceso a un beneficio jubilatorio. Tenemos un país muy solidario, que pese a las diversas crisis que hemos sufrido, siempre tendremos

⁴⁴⁵ El presente párrafo fue agregado en la edición del artículo para informar sobre las últimas medidas adoptadas en el país.

ese espíritu de preocupación por el otro, algo que nos destaca como nación. En ese sentido, el Estado tampoco fue ajeno a ello, y eso lo percibimos en los diferentes períodos que atravesamos al analizar las instituciones de beneficencia a lo largo de este trabajo. En la actualidad, el Estado sigue teniendo presente en su agenda las políticas sociales y asistenciales de su población con la finalidad de cubrir sus necesidades básicas de las personas que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad.

Conclusión

Podemos concluir que tanto en la Antigüedad como en la época actual, los pobres siguen existiendo, confirmando la sentencia bíblica. Aun munidos del caudal de conocimiento de todos los tiempos, después de experimentar con distintas formas de organización de la sociedad y del Estado, de contar con adelantos técnicos que permiten la utilización de todos los recursos, como sociedad no podemos señalar una manera, un método para erradicar esta injusticia, ni los organismos internacionales nacidos después de la Segunda Guerra Mundial, cuyas resoluciones se contemplan en la mayoría de las legislaciones de lo que puede denominarse Occidente, han demostrado, en relación al problema, eficacia alguna.

Si bien la aparición del cristianismo logró paulatinamente, a medida que se implementó en todos los ámbitos del Imperio, una consideración diferente de la pobreza y de los pobres, luego cambia el interés del Estado, el honor colectivo de la ciudad, la gloria del ciudadano, el interés y el ornato de un municipio como principal motivación de la ayuda prestada a los pobres por la misericordia, la piedad y la caridad, principios pregonados por los cristianos y

que estaban contenidos en las Constituciones Apostólicas,⁴⁴⁶ éstos debían continuar en la relación cotidiana con los más necesitados⁴⁴⁷ y debían coincidir con el nuevo interés del Estado romano cristiano. Son actividades misericordiosas de caridad que los emperadores asumen como propias, en su carácter de fieles de la Iglesia de Cristo. No obstante lo dicho, y lo abismal del cambio producido, la beneficencia cristiana no logró erradicar la pobreza.

Como pudimos plasmar en la segunda parte de nuestro trabajo, antes de que se conformara nuestro Estado nacional, por iniciativa de las personas destacadas de la época colonial y con la intervención de la Iglesia es que las actividades de asistencia estuvieron a su cargo, siendo labores realizadas principalmente con la finalidad de dar protección a los más carenciados de aquel momento. Luego, con el correr del tiempo y al lograr nuestra independencia como país, dicha actividad es asumida por el propio Estado, pero con la participación de los ciudadanos destacados de cada período, principalmente por las mujeres importantes y pertenecientes a la clase social alta de cada período. Es por ello que las diferentes labores son asumidas por las respectivas áreas o ministerios de gobierno para dar una atención enfocada según la necesidad de los habitantes. Si bien hubo etapas donde el cuidado de los pobres y vulnerables estuvo resignada y sujeta a los recursos presupuestarios, es cierto que en los últimos años se pone el foco en cubrir las necesidades básicas con la intención de lograr que los beneficios otorgados sean de manera

⁴⁴⁶ Las Constituciones Apostólicas son la mayor colección de derecho eclesiástico que ha sobrevivido desde el cristianismo primitivo. El título completo sugiere que estas regulaciones fueron redactadas por los Apóstoles. Disponible en: [https://es.wikipedia.org/wiki/Constituci%C3%B3n_apost%C3%B3lica#:~:text=La%20constituci%C3%B3n%20apost%C3%B3lica%20\(lat%C3%ADn%20constitutio,por%20el%20obispo%20de%20Roma](https://es.wikipedia.org/wiki/Constituci%C3%B3n_apost%C3%B3lica#:~:text=La%20constituci%C3%B3n%20apost%C3%B3lica%20(lat%C3%ADn%20constitutio,por%20el%20obispo%20de%20Roma)

⁴⁴⁷ LÓPEZ BORJA de QUINTEROS, *op. cit.*, p. 615.

temporaria, para que las personas puedan obtener los recursos necesarios para acceder a un trabajo formal. Solo pretendimos realizar un breve resumen de lo acontecido en las sociedades de beneficencia en el derecho romano y lo plasmado en nuestra nación. Se intentó visualizar los propósitos del sistema de protección social para poder comprender el presente con miras a un futuro cuyas estrategias sean específicamente las de motivar a las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y carenciadas, impulsándolas a salir de esa situación para poder emprender una vida más digna.

La tributación romana y los principios vigentes

Por Marilina Andrea Miceli,⁴⁴⁸ Leticia Inés Núñez⁴⁴⁹ y Daniel G. Bonjour⁴⁵⁰
(con la colaboración de los estudiantes René Angulo y Victoria Cali)⁴⁵¹

Resumen

El presente trabajo analiza los principios de la tributación en nuestro

⁴⁴⁸ Posdoctora en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba). Posdoctora en Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Doctora en Derecho (UAJFK), Profesora invitada del Doctorado en Derecho de la UBA-UAJFK, de la Maestría en Derecho Administrativo de la UAI, de la Maestría en Derecho de la Universidad del Sur, Bahía Blanca. Profesora invitada del Doctorado en Derecho de la Universidad de Morón. Profesora Invitada en el Departamento de Posgrado de la UNAM.

⁴⁴⁹ Abogada. Profesora de Derecho Romano en UBA, UAI, USI y UAJFK. Miembro de ADRA y AIDROM. Miembro de la Schola Serviana Iuris Romani. Diplomada en Derecho Romano Público y Privado. Cursó diversos posgrados en la materia en el país y en el extranjero. Autora y coautora de diversas publicaciones y trabajos de investigación en el país y en el extranjero.

⁴⁵⁰ Abogado y escribano. Doctorando en Derecho (UAJFK, tesista). Especializando en Derecho del Trabajo (UBP, tesis en proceso). Profesor de Derecho Romano en UNLP, UBA, UAI, USI y UAJFK. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en UAI. Profesor en Docencia Superior en UTN. Diplomado en Derecho Romano Público (UAI). Miembro de la AIDROM y de ADRA. Autor y coautor de diversas publicaciones nacionales y extranjeras en congresos de la materia.

⁴⁵¹ Estudiantes de la carrera de Abogacía de la Universidad John F. Kennedy.

sistema interno, cotejando el derecho vigente con el sistema jurídico de la tributación romana primigenia, evidenciando la trascendencia de algunos aspectos de aquel instituto, aplicados en la actualidad.

Palabras clave: derecho romano; derecho vigente; sistema económico; política económica; principios generales; principios de la tributación; impuestos; sistema rentístico

I. A modo introductorio

Los principios generales del derecho son expresiones jurídicas que manifiestan la esencia de éste en todas las relaciones jurídicas y en todas las áreas normativas, sea cual fuere su rama. Son fuentes del derecho de carácter remoto, pues se utilizan como cierre del sistema jurídico, última *ratio* interpretativa de los operadores.

Los principios particulares del derecho, en cambio, son puntales y esenciales dentro de una especie jurídica. Así, encontramos principios del derecho penal (legalidad, proporcionalidad y judicialidad); principios del derecho laboral (principio protectorio, primacía de la realidad, y de irrenunciabilidad de los derechos laborales, principio de procesividad); principios del derecho administrativo (equidad, justicia, imparcialidad, y bien común), entre otros.

Los principios, como condición *sine qua non* a su esencia, brindan fundamento de validez a cada acto operativo. Como en una relación de género a especie, se derivan de manera congruente. Así, la *bona fides* y la *aequitas* son parte del derecho penal, laboral y administrativo, entre otros, y de cada una de ellas se desprenden principios propios del tipo de relación jurídica que regulan.

En el presente trabajo nos ocuparemos del sistema administrativo, especialmente del sistema económico rentístico, que tiene que ver con la interacción estatal y los administrados, en particular los

principios que hacen a la tributación como medida de financiamiento, desde la perspectiva histórica del derecho público romano.

Generalmente, se hace referencia al sistema económico rentístico como aquel que se identifica con la economía pública. Considerando que es el Estado el proveedor de bienes públicos, éste debe fijar su propio financiamiento, encontrándose supeditado al arbitrio de la Ley N° 24156, de fecha 30/09/92, y del artículo 85 de la Constitución Nacional como marco legal de control.

Debemos aclarar que los recursos públicos son aquellos a través de los cuales los gobernantes desarrollan la economía política o actividad económica del Estado con el objetivo de lograr el bien común de la sociedad, en un tiempo y espacio determinados, en donde la recaudación fiscal es una de las herramientas más comunes a la hora de balancear la economía.

Debemos destacar que la tributación no es la única alternativa que posee el Estado. Los recursos públicos pueden ser de la más variada índole: monetaria (emisión de moneda, bonos), crediticia (toma de empréstitos), patrimoniales (venta o locación de tierras) o utilidades de empresas estatales como la renta de correos.⁴⁵²

Cabe preguntarnos si esta eficiente práctica de pronta recaudación tiene anclaje en el sistema rentístico romano y en qué medida, pues la finalidad de la presente investigación que se enmarca dentro del proyecto bianual rentado por la Universidad Argentina John F Kennedy tiene como norte evaluar la trascendencia del sistema jurídico público romano en las instituciones de derecho actual de Occidente, en especial en nuestro sistema interno.

⁴⁵² LONIGRO, F. (2014). *Derecho Público Constitucional*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, pp. 143-182.

II. La opinión de los autores

En un primer acercamiento, observemos qué nos dicen los autores en doctrina acerca de los tributos, los impuestos, el erario, el fisco, los límites que había (si los había).

Es dable observar que este tema se halla estrechamente ligado a la idea originaria de “propiedad”. Entre los romanos, como dice Fustel de Coulanges (2003), el derecho de propiedad no se sustenta sobre los mismos principios que en la actualidad. Luego, en los inicios se atribuye a Rómulo haber incrementado las tierras alrededor de Roma —el *ager publicus*— y a Numa haber realizado una distribución de aquellas. Como consecuencia, de allí surgirán también los primeros tributos que aquellos que, propietarios o arrendatarios, pagarán al Estado en germen romano.

Es posible observar la composición social romana desde los inicios; primera distinción entre patricios y plebeyos —siempre en pugna—, luego, las gens y los clientes. Aquí también nos auxilia Fustel de Coulanges cuando dice:

El día en que el hombre se libtó de los lazos de la clientela, vio levantarse ante sí las necesidades y las dificultades de la existencia [...]. La vida se hizo más independiente, pero también más laboriosa y sujeta a más accidentes. Cada cual tuvo en adelante el cuidado de su bienestar, cada cual su goce y su trabajo. El uno se enriqueció por su actividad o su buena fortuna; el otro quedó pobre.

Luego, vemos como Mommsen (2017) describe que, en tiempos de Servio Tulio, para conformar los ejércitos, al lado de los ciudadanos propiamente dichos, fue necesario alistar a los clientes y a los domiciliados, ciudadanos sin sufragio (*cives sine suffragi*), que también habrían de participar en las cargas públicas, en los impuestos y en los servicios personales (de donde se deriva el término municipales o contribuyentes). Por lo tanto, aquella reforma tan famosa provocó

cambios en lo político, en lo militar y, por supuesto, en lo económico (p. 107).

Tengamos presente que, en este punto, el valor o la cuantía del patrimonio de los *cives* romanos tiene punto de partida en esta reforma de Servio Tulio, particularmente a partir de las instituciones del censo y el establecimiento del “domicilio”. A partir de allí se sabe dónde vive, con quién vive, qué actividad realiza, cuánto tiene y, finalmente, cuánto debe pagar.

Uno a primera vista podría pensar que los tributos que se ordenaban cobrar a los contribuyentes estaban destinados solamente a costear la manutención de los reyes, su séquito, armar a los ejércitos. Pues no. No solamente ése era el destino, sino que también se hallaba orientado a construir caminos, acueductos, pequeños túneles de desagüe o de drenaje al que llamaban “*cuniculi*”, que estaban destinados a protegerse de las inundaciones y eran sufragados con el trabajo personal de los ciudadanos y aportes del erario público. (Heichelheim, p. 36).

Allí, agregamos un primer término que necesita ser diferenciado de otro, erario de fisco. Para ello, hacemos una pausa y seguimos literalmente una descripción que –valga la redundancia– bien lo describe:

La configuración definitiva del Estado como sujeto de derecho de existencia ideal se debe en Roma a una evolución que lleva siglos. Se dijo más arriba que el Estado personificado en el pueblo romano (*populus romanus*) es considerado sujeto de derecho; luego, durante el período clásico, todo lo concerniente al ingreso y egreso del Estado recibe el nombre de “erario” (*aerarium*); más tarde, en el Imperio, esta denominación queda circunscripta al tesoro del pueblo romano administrado por el Senado, mientras que el patrimonio personal del emperador pasa a llamarse “fisco” (*fiscus*) (Costa, 2016).

En la misma línea, Alfredo Di Pietro y Ángel Lapieza Elli (1996) señalan: “A comienzos del Imperio aparece el *fiscus* (...) que se trataba de un patrimonio especial del Cesar...”, formado por tributos

abonados por los habitantes de las provincias asignadas a su cargo y que disponía con total independencia del *populus* y el Senado y, a su muerte, pasaba al sucesor en el cargo de emperador.

De lo anteriormente expuesto, observamos que desde tiempos lejanamente pretéritos existieron entonces los tributos, de gran diversidad respecto de sus alcances y aplicaciones, recursos que podían ser derivados al erario, o bien más tarde, al fisco. ¿Tenían un tiempo limitado en pagarse y/o ejecutarse cuando no fueren pagados por el contribuyente?

A esta pregunta nos encontramos con una respuesta muy particular de Max Kaser, Rolf Knütel y Sebastian Lohsse (2022): “Las acciones del derecho clásico, en general no estaban limitadas por plazos (...) las sanciones pretorias –por su finalidad penal–, exigían sí una rápida expiación, limitada a un año”. Luego, nos dicen los autores:

Solo el emperador Teodosio II introdujo una “prescripción” general de las acciones –tanto las reales como las personales–, a través de una ley del año 424, estimulado por diversos ejemplos provinciales (CTh. 4, 14, 1 = C. 7, 39, 3, 1): *Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem* (“aquellas acciones que no hayan sido ejercitadas, debido al persistente silencio durante treinta años, contados a partir del momento en que estuvieron jurídicamente a disposición [de su titular], que no tengan la posibilidad de seguir viviendo”).

Más adelante, refieren que “algunas acciones, sin embargo, permanecieron ajenas a la prescripción, por ejemplo, la acción por manumisión o los créditos del fisco”.

En la Ley Irnitana, hallada en las cercanías de Sevilla, España, cuya traducción fue realizada por Álvaro D’Ors en 1984, se encuentra un pasaje que refiere a la función de los cuestores (*quaestores*), que fueron nombrados para actuar en el municipio Flavio Irnitano tengan derecho para la gestión y administración del fondo común de los

munícipes, y pagar de los fondos municipales, conforme a la ley (presente ley = haciendo referencia a la Ley Irnitana). No obstante esto dicho, también se plasma en la misma ley que, tanto los candidatos dunviros como *cuestores*, el día de su elección debían dar “garantía” de la administración de los fondos munícipes y de que éstos quedarían a salvo. También allí hallamos uno de los recursos de los que se vale el municipio en sus orígenes. Se trata de la misma ley por la que los dunviros deben exigir el pago de aquellas multas que no sean juzgadas como injustas por los decuriones, para la caja pública del municipio (*Ley Flavia Municipal*, Álvaro D’Ors, p. 553).

En tiempos del Imperio, nos dice Heichelheim (1982), “el imperio estaba agobiado de tributos que pesaban sobre las clases económicamente débiles”.

En una primera y adelantada conclusión, en este breve recorrido observamos las existencias de tributos desde los inicios de Roma. A medida que van transcurriendo los diversos períodos de gobierno —monarquía, república, imperio—, se van introduciendo paulatinamente nuevos tributos, estableciendo alícuotas y porcentajes de éstos. Observaremos algunas de ellas en los tributos en particular.

III. Tributos en particular

El predominio de la civilización romana sobre la mayor parte del Mediterráneo duró trece siglos divididos en varios períodos: monarquía, que luego se habrá de transformar en república, y que posteriormente se convertirá en imperio.

Teniendo en cuenta estos breves factores a los que hicimos referencia, se deriva que el estudio de las formas del financiamiento del Estado romano es de fundamental importancia para observar la cercanía que aquellas tienen con las nuestras. Vale decir de qué forma la sociedad de aquellas épocas sustentaba Roma.

Nunca está de más recordar que semejanza no es identidad. Por ello, en el vetusto sistema de derecho tributario romano pueden hallarse u observarse diversos puntos de contacto con el sistema actual.

Tomamos como punto de partida que los recursos de los que se vale el Estado romano en germen para atender a sus funciones —que no son las actuales— se derivan del cobro de tributos relacionados con las imposiciones que se hacían a los pueblos conquistados, por un lado, pero también por otro, respecto del *ager publicus* —las tierras públicas—, a través de su venta o bien de su arrendamiento a perpetuidad o a plazo, de donde también podemos observar el pago de un canon locativo anual al erario o al fisco —según el tiempo—, sea de la provincia o también del municipio, y situaciones a través de las cuales se ejecutaban acciones de fomento a través de la colonización de tierras, entregadas para su cultivo, que quedaban en poder del receptor de ellas y que podían luego ser transmitidas a las generaciones futuras a través de la herencia.

Por otro lado, también existe la posibilidad de observar los orígenes de ciertos recursos derivados de multas cobradas a las diversas actividades de comercio, así como sanciones tales como el “decomiso” de mercaderías en mal estado, tendiente a proteger la salud de la población, etc.

La raíz etimológica de *tributum* deviene de “*tributare*” o “dar tributo”, o finalmente de “tribu”. Sin embargo, en los Códigos teodosiano y justiniano se intitulan los acápite referentes a lo tributario como “*de iure fisci*”. En el Digesto lo hallamos en D. 49. 14 con cita de Calistrato, donde por ejemplo refiere a las varias causas de denuncias frente al fisco, a si los bienes no solventes pertenecen al derecho del fisco, sobre la denuncia de bienes vacantes, sobre la prescripción veinteñal de algunos bienes y derechos del fisco, etc.⁴⁵³

⁴⁵³ D. 49. 14. Calistrato. Del derecho del fisco. “Varias son las causas por las que se suele hacer denuncia al fisco o porque alguno confiesa que no puede adquirir

También en D. 50. 16. 17. 1 hallamos que Ulpiano refería al tributo público en estos términos: “*Publica vectigalia, intelligere debemus, ex quibus vectigal fiscus capit, quale est vectigal portus, ver venalium rerum, item salinarum, et metallorum, et piscariarum*”. Es decir, debemos entender por tributos públicos aquellos por los cuales el fisco percibe tributo, como son los tributos de puerto, los de cosas vendibles, los de las salinas, los de las minas, los de las pescaderías.

Asimismo, en D. 50. 16. 17. 27 se dice: “Se dijo *stipendium* de *stips*, porque se recoge por medio de *stipes*, esto es, por medio de monedas. Pomponio decía que este mismo se llama “*tributum*” y, ciertamente, se llama tributo de contribución, por lo que se contribuye para los militares”.

Sucede, sin embargo, que el Código de Teodosio es del año 438 y el de Justiniano del 534. El Digesto es del 533. Todas son obras legislativas de la última fase del Imperio, cuando la palabra *fiscus* absorbió el antiguo *aerarium* y el *tributum* suplantó al estipendio.

Había en Roma un tributo denominado “*venalium*”, o “*vectigal rerum venalium*”, o también “*centesima rerum venalium*”, que consistía en un impuesto sobre las ventas de “bienes de consumo”, que en los inicios solo era cobrado respecto de las ventas de alimentos y posteriormente se extendió también a las ventas de objetos domés-

lo que tácitamente se le dejó o si anticipándose el otro es denunciado o porque la muerte no es vengada por los herederos o porque algún heredero es denunciado como indigno o porque instituido heredero el príncipe fueron denunciados como sustraídos del testamento los codicilos o porque se diga que alguno encontró un tesoro o compró del fisco por menor precio la cosa de gran valor o porque el fisco fue vencido por prevaricación o porque falleció el que estaba sujeto a acusación capital o porque alguien irá a Río aún después de su muerte o porque había sido destruida una casa o porque uno se había separado de la acusación o porque se vendía una cosa litigiosa o se le debía al fisco una pena en virtud de un contrato privado o porque se cometió algún hecho contra sus leyes”

ticos, muebles, utensilios e incluso a esclavos. Quienes hayan estado atentos a esta descripción ya habrán identificado su parecido con nuestro actual impuesto al valor agregado (IVA).

En Roma, las alícuotas de este impuesto varían entre el 0,5 % y el 2 % a lo largo del tiempo. No obstante, para venta de esclavos dichas alícuotas se encontraban duplicadas.

Había también un impuesto sobre las herencias, al que se lo denominó “*vicesima hereditarium*”. Las opiniones sobre su origen son divergentes, dado que –como dice Carmen López Rendo– algunos se inclinan por atribuir su creación a tiempos de Octavio y Marco Antonio y, por otro lado, también, refieren a un origen en la Ley Voconia del 169 a. C., aunque la doctrina mayoritaria establece su origen en tiempos de Augusto, existiendo cierta resistencia por el Senado en los inicios, y donde puede observarse que las leyes *Julia* y *Papia Popena* establecían restricciones para heredar a los solteros y a los casados sin hijos.

En términos de Bastos Meira, es Augusto quien instituyó el nuevo impuesto a través de la *Lex Julia* con una finalidad de obtener suplementos para los ejércitos. Así, este impuesto recaía sobre las herencias, legados y donaciones por muerte.

Este impuesto pasó a la posteridad con el nombre de “*Lex Vicesima Hereditatum et Legatorum*”, consistiendo en un 5 % sobre el valor de la herencia o legado. Solo estaban exentos algunos parientes cercanos y colecciones hereditarias de menos de cien mil sestercios. Monier entiende que solo los *sui* herederos y los pobres estaban exentos de este tributo.

En tiempos de Antonino Caracalla se elevó el porcentaje hasta un 10 % y luego Macrino lo retrotrajo al 5 %. Dice Bastos Meira que una de las razones de mayor trascendencia en el otorgamiento de la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio estaría dada en el ánimo recaudador de los impuestos por los problemas fiscales que se daban por esa época. La *Constitutio* declaraba “*In orbe Romano qui sunt, ex Constitutionem Imperatoris Antonini cives romani effecti*

sunt”, es decir, se hicieron ciudadanos por una constitución del emperador Antonino.

Finalmente, se trataba de un impuesto en categorías actuales, indirecto. Como es dable observar, este impuesto –salvando las excepciones respecto de las “restricciones”– es de cierta similitud al actual impuesto a la transmisión gratuita de bienes (ITGB).

También existían tributos sobre las propiedades que eran:

- *Tributum* sobre las tierras de frontera pertenecientes al emperador, de carácter proporcional –no progresivo–, que tenía una alícuota del 0,25 % anual pagable en tres cuotas en enero, mayo y septiembre
- *Stipendium*. El estipendio, al igual que el anterior, se pagaba al Senado, que se encargaba de la recaudación de las provincias pacificadas. Este impuesto era autodeclarado y, solo en caso de duda, un inspector, llamado censor, verificaba el tamaño de la propiedad, acompañado de un agrimensor. La incidencia básica era un módulo llamado *caput* o *iugum-caput* porque se consideraba lo suficientemente grande para que una persona lo arara con la ayuda de dos bueyes. Obsérvese que aquí encontramos un antecedente del denominado “determinación de oficio”, que hoy suele hacer el ente recaudador cuando existen dudas sobre las declaraciones presentadas y la efectiva realidad de producción del hecho imponible, entre otras cuestiones.

Ambos son muy similares a los actuales impuestos inmobiliarios urbano y rural, con los matices obviamente diferenciales en cuanto a los porcentajes aplicados en aquellas épocas y las actuales, además del destino que se aplicaba de los dineros recaudados.

En una clasificación de impuestos directos e indirectos podemos describir en apretada síntesis a la *capitatio* humana y a la *capitatio* plebeya. En este último caso se trataba, como dice Bastos Meira, “*a grande sobrecarga que o patriciado lancava sobre a classe menos ventu-*

rosa e que deu motivo a tantas convulsões sociais durante a república". El tributo se extendía a una gran masa sujeta, la plebe, que con sus recursos contribuía a costear los exagerados gustos y caprichos romanos. De este tributo estaban exentos los soldados en campaña y veteranos, las entidades religiosas, los pintores libres, entre otros.

Del impuesto inmobiliario o territorial ya hemos hablado, y de los indirectos podemos mencionar:

- *Vicesima hereditatum*.
- *Vicesima manumissionum* (o *vicesima libertatis*). El impuesto consistía en una vigésima parte del valor del esclavo sujeto a manumisión (cinco por ciento). Dado el volumen de manumisiones, durante la república y comienzos del Imperio, se transfirieron abundantes recursos a las arcas del poder público.
- *Venalitium* (o *vectigal rerum venalium*).
- Sobre las minas (también sobre las minas de sal).

Y finalmente, impuestos aduaneros, que tenía sus exentos:

- Sobre bienes adquiridos para el fisco.
- Objetos de uso personal
- Sobre bienes destinados a la agricultura, o para aprovisionar los ejércitos.

También hallamos tributos en concepto de “tasas” en la extensa vida del pueblo romano, tomando en consideración que éstos generalmente se hallaban ligados a una contraprestación.

- Impuestos sobre las ventanas (*vectigal aerum*).
- Impuestos sobre las puertas, pórticos y columnas.
- Sobre las chimeneas, cuyo origen sería de épocas de Claudio.
- Sobre las letrinas públicas.

Podemos tener presente también la existencia de otras formas de obtener recursos, tales como las derivadas –ya en tiempos más avanzados– de los litigios judiciales, como la obligación que asumían los litigantes en un proceso de abonar un dos y medio por ciento en concepto de *quadragessima litium*, una especie de lo que hoy llamaríamos “Tasa de Justicia”.

IV. Los principios tributarios romanos

Desde el punto de vista de los principios aplicados, hallamos en Ulpiano (D. 50. 4. 4. 2) lo siguiente: “*Inopes onera patrimonio ipsa non habendi necessitate non sustinent, corpori autem indicta obsequia solvunt*” (“Las personas sin recursos no están obligadas a soportar carga alguna en razón de su indigencia”).

De ello se deduce el principio de “proporcionalidad y capacidad económica/o capacidad contributiva” para hacer frente a las contribuciones fiscales.

Luego, también en Código (C 10.42.1), se halla este pasaje que dice: “*Civillia munera per ordinem pro modo fortunarum sustinenda sunt*” (“Todas las cargas públicas deben ser soportadas en proporción a las fortunas”).

Luego, el principio de “igualdad”, que actualmente lo hallamos en el artículo 16 de la Constitución Nacional, lo encontramos también en el derecho romano, más precisamente en el Código (C. 10. 42. 2), donde dice: “*Munera quae patrimonio publica eutilitates gratia indicuntur, ab omnibus subeunda sunt*” (“Los cargos que por razón de utilidad pública se imponen a los patrimonios, deben ser desempeñados por todos”).

Así como en la esfera penal aprendemos “*in dubio pro reo*”, puede observarse también en la esfera tributaria la existencia de un “*in dubio pro contribuyente*”, o regla más benigna, que hallamos

en el Digesto (D 50.17.192.1): “*In re dubio benigni orem interpretationem sequi, non minus iustus est, quam tutius*” (“En los casos dudosos no solamente es más justo, sino más seguro, atenerse a la interpretación más benigna”). Y también puede encontrarse el mismo sendero seguido en D. 50. 17. 168: “*Rapienda occasio est, qua praeberet benignius responsum*” (“Se debe seguir la ocasión que facilita la resolución más benigna”).

Los principios de generalidad y razonabilidad eran fundamentales en la tributación, aunque no se aplicaban de manera tan rigurosa como en los sistemas fiscales modernos. La tributación romana se basaba en la idea de que los ciudadanos debían contribuir al sostenimiento del Estado de acuerdo a su capacidad económica, aunque existían excepciones y desigualdades en la aplicación de los impuestos.

¿Podemos hablar de razonabilidad, pero también utilidad pública, dado que el fisco debe recaudar, por lo tanto, debe facilitar el pago en materia tributaria? Sí.

Encontramos que en D. 49. 14. 45. 10, Paulo contempla que “no es razonable negar una moratoria, a los deudores fiscales”, que se deriva de “*Fiscalibus debitoris petentibus ad comparandam pecuniam dilationem negari non placuit; cuius reia est imatioita arbitrio iudicantis conceditur, ut in maioribus summis non plus, quam tres menses, in minoribus vero non plus, quam duo prorogentur; prolixioris autem temporis spatium ab Imperatore postulandum est*”, es decir, si se quiere solicitar una prórroga mayor, habrá que acudir ante el emperador.

Como hemos podido observar, es posible ver la existencia de diversos principios que vienen desde el derecho romano en materia tributaria.

Otros principios se agregan más contemporáneamente, producto de su nutrición desde el derecho tributario actual. Por ejemplo, “no confiscatoriedad”, que lo hallamos contemplado en el artículo 17 de la Constitución Nacional en aquella parte que dice: “La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino”. Si bien nace o tiene un origen vinculado a situaciones de arbitrariedad que se daban en tiempos del tirano hacendado de

la provincia de Buenos Aires, bien se extiende más tarde a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que enuncia: “Para que la confiscatoriedad exista, debe producirse una absorción, por parte del Estado, de una porción sustancial de la renta o el capital”. Para ello, se requiere que el actor –que plantea dicha confiscatoriedad–, pruebe de manera concluyente dicho extremo.

V. A modo de conclusión preliminar

Vemos en Roma la protección del más débil en la relación jurídica, en este caso en la faz del derecho público, especialmente del derecho administrativo, en cada principio tributario en relación a la administración y los administrados, siendo un derecho perviviente en las instituciones de derecho público vigentes en la República Argentina.

VI. Bibliografía

COSTA, J. C. (2016). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. (1996.). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma.

FUSTEL DE COULANGE, N. D. (2003). *La Ciudad Antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*. México: Editorial Porrúa.

GARCÍA VIZCAÍNO, C. (1996). *Derecho Tributario. Consideraciones Económicas y Jurídicas*. Buenos Aires: Depalma.

HEICHELHEIM, F. (1982). *Historia Social y Económica de Roma. Desde los reyes hasta Bizancio*. Madrid: Ediciones Rialp.

KASE, M., KNUTEL, R. y LOHSSE, S. (2022). *Derecho Privado Romano*. Madrid: BOE.

MOMMSEN, T. (2017). *Historia de Roma*. Roma: Greenbooks Editor.

La legítima defensa: su regulación en Roma y su vigencia en nuestro Código Penal. Análisis a través de la jurisprudencia

Por Laura Liliana Micieli⁴⁵⁴ y Adrián Vedia⁴⁵⁵

I. Introducción

I. 1. Origen

El tema de la legítima defensa no ha merecido un tratamiento extenso por parte de los romanistas. Cabe señalar, sin embargo, que éste se desarrolló en el derecho romano de forma que podría calificarse de lúcida, hasta el punto de que, como han señalado autores como Giuseppino Ferruccio (1937), la ciencia jurídica moderna, como ha sucedido en otras partes del derecho penal, ha acogido gran parte de la disciplina romana, si bien con ciertas desviaciones que, a

⁴⁵⁴ Abogada. Docente de la Universidad Nacional de Córdoba.

⁴⁵⁵ Abogado. Docente de la Universidad Nacional de La Rioja.

juicio del experto citado, han perjudicado la regulación jurídica de la institución.⁴⁵⁶

En base a las fuentes podemos considerar genéricamente la legítima defensa como aquella violencia que emplea una persona bajo ciertas condiciones para responder al acto delictual de otra que amenaza su vida, su honor o sus bienes. Tal vez el texto fundamental sobre este principio brevemente esbozado se deba a Cicerón, en su oración *Pro Milone*, donde afirma que la legítima defensa es una ley natural y no civil, principio que encontraremos a menudo recordado en las fuentes.

I. 2. Regulación en el derecho romano

La Ley de las XII Tablas admitió rudimentariamente la legítima defensa. Así se indica en 8. 12, donde se permitió matar imprudentemente al ladrón sorprendido en la noche. También si sucede de día estando el ladrón armado y luego de que el afectado requiriera a viva voz auxilio a sus vecinos (adoplariatio).

Sobre lo mismo evoluciona el concepto en D. 9. 2. 45. 4, que afirma:

Los que no pudiéndose defender de otro modo, hubieren contraído la culpa de un daño, son irresponsables: porque todas las leyes y todos los derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza. Pero si por defenderme hubiere yo tirado una piedra a mi adversario, pero no a éste, sino a un transeúnte hubiere yo herido, quedaré obligado por la ley Aquilia; porque se concede herir a aquel solo que emplea la fuerza y esto: si se hubiera hecho tan solo por causa de defensa, no también por la venganza.

⁴⁵⁶ FERRUCCIO, G. (1937). *Diritto penale romano*. Tomo I. Padova: R. Zanoni, pp. 168 y ss.

En igual sentido, D. 9. 2. 45. 5 sostiene “El que derribó una pared que estaba firme, queda obligado a su dueño por la acción de daño con injuria”.

También en D. 9. 2. 4. pr se indica: “Gayo; Comentarios al Edicto provincial, libro VII. Y así, si yo hubiere matado a un esclavo tuyo, ladrón, que me acechaba, estaré exento de responsabilidad; porque la razón natural permite defenderse contra un peligro”.

El pensamiento clásico tuvo precisa la idea de la conciencia excluyente de antijuridicidad que concurre en la legítima defensa. También de la responsabilidad civil de la *Lex Aquilia*, ya que allí se indica que la legítima defensa es una repulsa a la agresión ilegítima actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirlo o repelerlo.

Este concepto indicado anteriormente nos da las pautas sobre los aspectos que se debaten en esta figura, que alguna parte de la doctrina penalista señala como una causa de justificación y otros de impunidad o de inculpabilidad.

Cicerón señaló a la defensa privada como un acto justo, la expresión de una ley natural de la responsabilidad civil prevista por la *Lex Aquilia*.

También se considera que la legítima defensa surge del derecho de gentes. En D. 1. 1. 3 se afirma: “Florentino; Instituciones, Libro L. (...) como que rechazamos la fuerza y la injuria. Pues por este derecho acontece, que lo que cualquiera hubiere hecho en defensa de su persona, se repute haberlo hecho con justicia: y como la naturaleza constituyó entre nosotros cierto parentesco, es consiguiente, que no sea lícito a un hombre dirigir acechanzas contra otro hombre”.

Celso indica que es lícito rechazar la fuerza por la fuerza y que este derecho está establecido por la naturaleza, concluyendo que el lícito repeler a las armas con las armas. D. 43. 16. 1. 27: “Escribe Cassio que es lícito rechazar la fuerza con la fuerza y que este derecho se adquiere por la naturaleza; y esto resulta, dice, de que es

lícito rechazar las armas con las armas. En caso de legítima defensa, si, por ejemplo, se hubiera dado muerte a un agresor no libre; o en caso de autoauxilio legítimo, si se hubiera, por ejemplo, dado muerte al adúltero no libre”.

El derecho romano prevé con exigencia conforme como lo expresado anteriormente, para atenuar o excluir el hecho punible cometido por el autor, lo siguiente:

- Un actuar ilegítimo por parte del agredido.
- Bienes jurídicos particulares protegidos.
- Carácter ilegítimo de la acción.
- Se infiere que el peligro debe ser real que justifique la agresión.
- Carácter antijurídico de la acción que se comete al agresor.

Conviene retener, pues, que en las fuentes romanas se afirma que la legítima defensa se funda en el derecho natural. Así lo hemos visto confirmado en otro texto procedente de Gayo (D. 9. 2. 4), donde se considera exento de pena a aquel que mata al ladrón nocturno o al que ha sido sorprendido de día, en caso de que éste se defienda con armas, principio cuyo origen se encuentra ya en la Ley de las XII Tablas. Y decimos que se fundamenta el derecho natural porque, como en el mismo texto se indica, “la razón natural permite defenderse contra el peligro”.

En suma, conviene recordar este principio que hemos visto enunciado explícitamente por Gayo, somera aunque directamente por Cassio y Ulpiano y también de forma inequívoca por Florentino (D. 1. 1. 3) cuando aconseja rechazar la violencia y la injusticia, ya que, como este jurista nos viene a decir, tal derecho está basado en la naturaleza. Y en la misma línea, en otro lugar (D. 9. 2. 45. 4) Paulo dirá que “los que no pudiéndose proteger de otra manera, hubiesen sido culpables de un daño, son inocentes, porque todas las leyes y derechos permiten repeler la fuerza con fuerza”.

En definitiva, nos encontramos con ese *vim vi repellere* del que más tarde nos hablarán los tratadistas, desde que la glosa y el comentario hacen su aparición en la esfera jurídica occidental europea durante la Edad Media, hasta sus vivas manifestaciones en la doctrina apoyada en el derecho común de la Edad Moderna.

Ello se deduce de un pasaje de Ulpiano donde, al hablarse de la violencia ejercida sobre alguien con las armas para expulsarlo de su *fundus*, basta para justificar la propia defensa y de la propiedad el miedo que inspiran las armas de quien o quienes agreden (D. 43. 16. 3. 5).

Así pues, el terror al agresor armado y el consiguiente miedo a la muerte actúan como causas desencadenantes de una defensa que ante el derecho ha de estimarse lícita, y así lo señala también un texto del mismo Ulpiano inserto en la *Lex Aquilia*, alusivo a ese *metu mortis* de quien se ve obligado a defender su propia vida ante un ataque injusto.

En este punto, el valor del “justo temor” aparece explicado de forma indubitada por el citado jurisconsulto en otro pasaje del mismo cuerpo doctrinal, cuando advierte que por “intimidación” hay que entender “el miedo presente, no la sospecha del que pueda venir” (D. 9. 25, pr y 4, 2, 9, pr).

La proporción que debe existir entre la ofensa y la defensa viene expresada con la fórmula *moderamen inculpatae tutelae*. Pero la determinación de la proporción aludida solo puede obtenerse de hecho, es decir, a la vista de los elementos objetivos resultantes, de tal modo que resulta imposible obtenerla *a priori*. Precisamente, para salir al paso ante cualquier duda a propósito de la proporción a que nos referimos, puede afirmarse, de acuerdo con diversos pasajes del Digesto, que en principio es lícito defenderse con armas de un asaltante que las lleva consigo y que con ellas procede a atacar.

Y justamente en función de esa proporcionalidad apuntada, la jurisprudencia saldrá al paso del posible desajuste que pueda darse entre el elemento ofensivo empleado por el agresor y el defensivo-ofensivo

empleado por el agredido. En este sentido, se sostendrá el criterio de que si una persona es agredida con el puño, no debe repeler el ataque empleando espada (Cfr. Ferruccio, p. 172), o en otro sentido, como señala Ulpiano, si alguien pudiendo apresar al ladrón prefirió matarlo, debe etimarse que procedió injustamente, por lo que quedará obligado a responder de acuerdo con la *Lex Cornelia de sicariis et veneficis* (D. 9. 2. 5. pr).

Pero junto al requisito de la justa proporción que debe existir entre la defensa y la ofensa, es necesario que concurra el elemento temporal de la sincronía entre la acción injusta del invasor y la respuesta del que se defiende. Solo cuando *in continenti*, es decir, inmediatamente, el atacado se defiende de la amenaza puede decirse que ambos hechos se funden en uno solo, despejando la incógnita de una posible acción vengativa.

En esta línea interpretativa, si alguien que ha sido privado de su posesión de algún bien intenta recuperarla por medio de armas, habiendo dejado pasar un intervalo desde que perdió aquella, su acción revestirá un carácter criminoso, situación que entra también dentro de los supuestos de la *Lex Cornelia* (D. 48. 8. 3. 4).

Distinto es el supuesto al que se refiere Juliano (D. 43, 16, 17), en el que se anota que el poseedor de una cosa tiene derecho a defenderla frente a quien quiera arrebatarla, lo que presupone no solo el poder de evitar que se la sustraigan, sino también de recuperarla en caso de haberle sido arrebatada, siempre y cuando la acción del anterior poseedor se verifique “en el mismo encuentro”.

Pero interesa destacar que en los textos legales se dice que la legítima defensa es admisible tanto a beneficio propio como de personas allegadas. Esto explica que Marciano, en un texto inserto en la *Lex Cornelia* (D. 48. 8. 1. 4), donde sostiene que debe perdonarse a quien mató a un tercero que ejercía violencia para cometer estupro en él o en alguno de los suyos.

En cambio, en los textos no se contempla la hipótesis de defensa

a favor de un extraño. Sin embargo, Ferruccio, tomando en consideración tal supuesto de hecho, considera que aquella posibilidad debió ser admitida por los jurisconsultos romanos. Estima el citado autor que la base de tal consideración se apoya no solo en una genérica norma de asistencia social, sino también en el propio interés del derecho por la protección de los bienes jurídicos.

En este punto, la lesión injusta a un bien jurídico extraño es motivo suficiente para ejercer una legítima defensa, tanto porque responde a un sentido digno de amparo, como a la necesidad humana de prestar socorro al que está en peligro.

Por último, y teniendo a la vista las circunstancias que deben concurrir en el proceder de una persona para estimar que nos encontramos ante un supuesto de legítima defensa, cabe deducir esta *honoris causa*, es decir, por razón de defensa del honor, en un supuesto que veremos frecuentemente recogido por el derecho posterior: aquel en que el lesionado lo es en su honra por adulterio de su mujer o de su hija (no es necesario insistir en el hecho del carácter genérico que tanto aquí como en el derecho posterior tiene el término “adulterio”, abarcando como vemos el supuesto de la hija que vive en casa de su padre).

En el presente caso, Papiniano considera que “el padre tiene el derecho de matar al cómplice del adulterio de una hija, a la vez que a su hija, si ésta se halla bajo su potestad, pero ningún otro ascendiente puede hacerlo, ni tampoco el padre que sea hijo de familia” (D. 48. 5. 21). Asimismo, indicará este jurisconsulto que “el derecho de matar a los adúlteros se concede al padre cuando es dentro de su propia casa, aunque no viva allí su hija, o en la casa del yerno” (D. 48. 5. 23. 2). Y más adelante explicará: “Se permite matar a la adúltera y a cualquiera que sea su cómplice tan solo al padre; y no al marido, por razón de que generalmente la piedad paterna es favorable a los hijos, en tanto debe frenarse el acaloramiento y arrebatado de un marido que se precipita en sus decisiones” (D. 48. 5. 23. 4).

Incluso Marciano añadirá que “con tal que el padre mate a los dos,

lo mismo da que mate antes o después a la hija adúltera, pero si mata a uno solo, responde por la Ley Cornelia y si hiere tan solo a uno después de haber dado muerte al otro, no queda exento del tenor de la ley” (D. 45. 5. 33 pr).

Por lo que se refiere al requisito de la simultaneidad entre la ofensa y la defensa, en este caso del honor, Ulpiano subraya que la muerte de la hija por el padre debe realizarse en flagrante delicto, “de tal manera que el padre no pueda hacer uso de su derecho a la defensa de su honor matando solo a uno y esperando algún tiempo para hacer lo mismo con el otro, a no ser que la separación entre ambas muertes se deban a causas ajenas a su voluntad” (D. 48. 5. 24 pr 2, 3 y 4).

Hay trabajos de investigación muy prestigiosos sobre el tema, como el de la Dra. Esther Domínguez López, que en su obra *La legítima defensa en el Derecho Romano con referencia a la dogmática moderna* (Dykinson, 2011) se dedica a analizar la naturaleza jurídica de la legítima defensa tal como fuera contemplada en Roma. La especialista señala como conclusión que no se puede establecer la idea romana de la antijuricidad (*acto non iuri* o *iniure*), pero detalla como idea principal el problema con el que tropieza el romanista cuando trata de trasladar las actuales categorías dogmáticas al estudio de las fuentes romanas. La forma en que se relacionaron y confunden en estos textos los referidos conceptos de *iniuria* y culpa a los que la moderna dogmática penal se refiere como nociones de antijuridicidad y de la inimputabilidad, constituye una prueba fehaciente en tal sentido.

Por ello es que ya descriptos los aspectos principales que en el derecho romano fueron analizados respecto a la legítima defensa, haremos un análisis de la concepción actual de este instituto jurídico para abordar en las conclusiones si este instituto puede tener correlato en la concepción romana.

II. La legítima defensa en el Código Penal argentino

La legítima defensa pertenece al género de la causa de justificación. En ella, el interés preponderante pasa a ser el del injustamente agredido, a quien los ordenamientos favorecen muy ampliamente, aunque haya lesionando bienes e intereses del agresor. La situación se resuelve en contra de quien la generó sea su conducta dolosa, ilegítima, el que tiene el deber de tolerar la defensa por parte del injustamente agredido o de un tercero a su poder.

Se han buscado fundamentos a esta causa de justificación que ya estaba prevista como vimos en el derecho romano, sin embargo, también se recurre para su regulación a un fundamento colectivo que surgiera del derecho germánico, según el cual quien se defiende como un obrar para hacer prevalecer el ordenamiento jurídico frente al agresor injusto. Para la doctrina actual, la regulación de esta figura se basaría en ambos fundamentos y por ello aparecen algunas restricciones a las facultades de obrar en legítima defensa.

Actualmente prevalece en la doctrina el criterio de que la legítima defensa es un derecho de necesidad, a la que se le asigna una posición de privilegio.

El acto típico, llevado a cabo en las condiciones que marca la ley, es ilícito; a la defensa así ejercitada se le califica como ilegítima.

Nuestro Código Penal vigente adopta este criterio porque declara que el hecho es ilícito. No castiga a quien obrara en defensa propia o de sus derechos siempre que concurren circunstancias que indica el artículo 34, inciso 6, y la interpretación en este sentido debe ser restrictiva. Como señala el artículo, también se considera la legítima defensa de terceros “el que obrare en defensa de la persona o derechos de otros, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y en caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor”.

Esto nos lleva a indicar la necesidad de que el medio empleado para

repeler debe ser racional, por lo que se infiere del análisis que no debe existir una desproporción entre conducta defensiva y la del agresor en forma tal de que la primera no cause un mal muy superior al que hubiere producido el ataque.

También se indican los límites temporales en que es lícito realizar una conducta típica como la defensa de los intereses que son objeto de amenaza. No es lícito defenderse con antelación, sino cuando el ataque está en curso o es inminente, y tampoco se puede defender cuando ha cesado. La agresión es inminente hasta que cesa.

A la vez, se suma el elemento subjetivo justificante, la conciencia de que el defensor está siendo víctima de una agresión ilegítima y debe demostrar a través de su accionar su voluntad de impedir o repeler. En este tema hay que evaluar si con esta defensa se causa la muerte del agresor y se considera especialmente el elemento subjetivo: el sujeto no actúa con dolo sino con la intención de defenderse.

Rigen principios generales en materia probatoria, quedando la carga de la prueba de la existencia de la causa de justificación invocada –legítima defensa– en cabeza de quien la alega.

Por lo demás, no existen reglas o principios básicos que permitan sistematizar la justificación invocada, más allá de las previsiones de la última parte del inciso 6 del artículo 34, que permite presumir la concurrencia de las circunstancias constitutivas de la legítima defensa:

a) cuando se rechaza durante la noche el escalamiento o fractura de cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias y b) cuando se encuentra un extraño dentro de su hogar siempre que haya resistencia.

Desde ya, se trata de una presunción *iuris tantum*, por lo que admite prueba en contrario, tratándose en realidad de una liberación de la carga de la prueba respecto de quien la alega.

El exceso en la legítima defensa está descripto en el artículo 35 del Código Penal, que sostiene que “el que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia”.

No vamos a ingresar a mayores análisis de esta figura pues le corresponden a los estudiosos del derecho penal, pero sí vamos a concluir que esta figura que está tipificada en el Código Penal de nuestro país presenta similitud a la regulación que hace el derecho romano sobre ésta, habiéndose realizado este rápido muestreo de algunos fragmentos del *Corpus Iuris Civilis*.

III. Análisis jurisprudencial

Luego de haber formulado un breve repaso por la institución de la legítima defensa en el derecho penal argentino actual, a efectos de poder formular una conclusión en relación al análisis comparativo-histórico, haremos una breve análisis jurisprudencial que tuvo la legítima defensa citando los criterios de la Cámara Federal de Apelaciones, tanto de la sala primera como de la segunda, para finalmente señalar algunas concepciones jurídicas de la jurisprudencia en la provincia de La Rioja.

III. 1. Legítima defensa en la Cámara Federal de Casación Penal

III. 1. a) Sala Primera

El derecho se asienta sobre el dogma de la libertad. La existencia de albedrío, esto es, la posibilidad de preferir, fundamenta instituciones de tan cara existencia como la responsabilidad penal. Al propio tiempo, el derecho y su observancia son condiciones necesarias para el goce de esa misma libertad. Solo la juridicidad permite que la persona pueda articular su existencia frente a las posibles interferencias o al impedir de otros. La sanción de ilícitos como las coacciones o amenazas o la inserción de figuras

que castigan la intimidación como medio, la existencia del amparo contra actos de particulares o la reglamentación de la defensa de la posesión a través de los interdictos, resultan exteriorizaciones de esta faz protectoria del derecho. Esto hoy aparece en mayor medida redimensionado con la inserción de los nuevos conceptos que incorpora el derecho internacional de los derechos humanos, que alzapriman al hombre como eje del sistema y la reinserción de derechos, proclamados en los primeros “bills” y luego ignorados, como el personalísimo a la seguridad, ahora acompañado de la tutela de la intimidad, que la complementa y acompaña.

La situación del encartado se vincula con el necesario enlace de libertad y seguridad. Si el inculpado pudo haber evitado o no la extremosa contingencia evitando exponerse en la calle, alejándose del lugar del encuentro o poniendo distancia entre sí y sus seguidores, es materia ingravitante, pese la reiterada corriente jurisprudencial que excluye la justificación en el supuesto en que la persona continúa colocándose en situación de volver a ser agredida. Entendemos que la tesis clásica no cuaja con un concepto funcional de los tipos penales y una noción sistémica del ordenamiento penal. Piénsese que se pediría, para justificar una conducta, que la persona acepte antes ser víctima de un delito (coacción), lo cual colisiona con el axioma de libertad y con el principio de incoercibilidad, de amplia recepción en el plano de los derechos humanos. Por otra parte, la contienda tiene lugar frente a la vivienda a la cual había concurrido el prevenido y su esposa para llevar a cabo un festejo familiar, es decir que fue buscado, y en la ocasión se encontraba en peligro no solo su propia vida, sino también otro bien caro a sus afectos.

Sentado lo precedente, parecería que cuadra la cobertura supralegal. Pero el fallo asevera que el encartado disparó cuando la víctima y su grupo se retiraban caminando por la vereda de enfrente, es decir, en una situación en la que el peligro se estaba diluyendo en apariencia. De todos modos, entiendo que dadas las circunstancias que rodearon el acontecer no es posible afirmar que la conducta de su protagonista caiga derechamente en la subsunción propiciada por el fallo en recurso. En

efecto, habían mediado dos intentos de agresión, ocurriendo el último cuando los contendores sabían que el prevenido estaba armado, pese a lo cual no trepidaron en enfrentarlo. A esto se suma la nocturnidad, siempre propicia para la emboscada y el alejamiento de los centros en los que podía requerirse la ayuda de la autoridad policial. Disparar en esas circunstancias tiene el valor de un exceso, en la medida de que la situación de peligro no había pasado totalmente; incluso estimamos que allí y entonces todo indicaba para el inculpado que la agresión podía renovarse. De ahí que proponga la recalificación del hecho como homicidio cometido con exceso en la defensa legítima (artículo 35 del Código Penal). Corolario de esto, el reajuste de la extensión de la sanción penal a la de dos años y un mes de prisión, con costas, graduación que se hace en función de las pautas indicadas en los precedentes de esta Sala vertidos en las sentencias del 27/6/00, en causa N° 180, "Tablado" y del 7/6/01.⁴⁵⁷

No se advierte quebrantamiento de las leyes de la lógica al descartar la legítima defensa, toda vez que el Tribunal no encontró en la prueba rendida en audiencia elementos que suporten los tres extremos que legislativamente hacen a su plasmación, sobre todo partiendo de la base que la vivienda y el arma que portaba daban al inculpado la necesaria dosis de seguridad y no lo colocaban en la necesidad de salir a atacar con ánimo homicida a un pretense antagonista.⁴⁵⁸

La defensa putativa (error indirecto de prohibición) no puede fundarse en una errada percepción cuando esa percepción era de gente que ya se había retirado. Como es sabido, el permiso que regla el artículo 34, incisos 6 y 7, del Código Penal tiene un límite temporal que lo hace cesar, el haber impedido o el haber repelido la agresión ilegítima.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ En causa N° 964, "Moreno", mayoría Conforme Sala Primera, sentencia del 17/09/2002 en causa 2968: Welsh, Sergio Ariel s/ Recurso de Casación.

⁴⁵⁸ Conf. Sala I, sentencia del 13/03/1999 en causa 144: Vargas, Agustín José s/ Recurso de Casación.

⁴⁵⁹ Conf. Sala I, por mayoría, (Dres. Sal Llargués y Natiello) sentencia del

Una de las más graves formas de la provocación está constituida por la aceptación del reto. Ello desplaza toda legítima defensa aún putativa.⁴⁶⁰

Doctrinariamente entonces, desde que no es imaginable una legítima defensa de una legítima defensa, descartada la agresión ilegítima el acometimiento tuvo las características del duelo criollo con el agregado componente de intoxicación alcohólica y probada la suficiente provocación de Romano, cabe descartar —como lo hicieron los jueces— la eximente invocada.⁴⁶¹

Es usual que una persona que hiera a otra en legítima defensa huya no obstante esa central circunstancia puesto que la valoración jurídica no aventaja que —máxime en medios sociales como el relevado en autos— se presuma que lo hecho derivará inexorablemente en graves consecuencias.

Toda la doctrina se encarga de destacar que aun cuando una persona suponga que no existe permiso para actuar en legítima defensa —que ignore que existe una causa de justificación de ese tipo— ello no desplaza la defensa y su legitimidad. Por ello es irrelevante —en el aspecto subjetivo de los permisos— ese conocimiento, bastando solo que el sujeto haya actuado por no dejarse matar o agredir por no estar obligado a soportar lo injusto.⁴⁶²

III. 1. b) Sala Segunda

No hay justificación cuando no obstante darse las exigencias sobre los elementos del tipo objetivo permisivo, falte la tipicidad subjetiva que requiere la causal de justificación que se trate.

21/03/2000 en causa 444: Ricaut, Atilio Manuel s/ Recurso de Casación.

⁴⁶⁰ *Ibidem*.

⁴⁶¹ Conf. Sala I, sentencia del 13/9/1999 en causa 397: Romano, Segundo Ramón s/Recurso de Casación. (Reg).

⁴⁶² Conforme Sala Primera, mayoría (Dres. Sal Llargués y Piombom, disidencia del Dr. Natiello) sentenciadel 30/12/2003 en causa 5673: Abreo Ferreira, Miguel Angel s/ Recurso de Casación (reg. 1019/2003).

*La legítima defensa requiere subjetivamente el reconocimiento de la situación de defensa y la finalidad de defenderse, pues en todas las causas de justificación la intención del autor debe coincidir con la proposición permisiva como única forma de eliminar el desvalor de la acción.*⁴⁶³

*La legítima defensa putativa constituye un supuesto de error de prohibición que no podría excluir el carácter antijurídico del hecho porque en el sistema adoptado por nuestra ley las justificantes no operan solo subjetivamente habida cuenta de que el injusto tiene carácter complejo y requiere de elementos objetivos tanto para su afirmación como para su exclusión, de modo que la circunstancia que alega el agraviado referida a que el imputado habría creído que la víctima intentaba agredirlo, podría a lo sumo excluir o disminuir la culpabilidad y nunca operar como la justificante misma.*⁴⁶⁴

La legítima defensa presupone un estado de necesidad proveniente de la amenaza de que sufrirá un mal grave o inminente generado por una agresión antijurídica y no provocada que permite la defensa de los bienes jurídicos aún mediante la realización de conductas típicas, siempre que el que se defiende no haya debido optar por una conducta menos lesiva.

*El límite máximo de la legítima defensa debe establecerse en la medida de lo necesario para la protección de los intereses individuales y la preservación del derecho, por lo que frente a una pelea a golpes de puño en la que se encontraba el hermano del imputado y varios vecinos, el imputado debió actuar con moderación al elegir la forma de defenderlo, procurando otorgar a su conducta una dimensión no ofensiva, de mera protección, acorde a su condición de funcionario policial que admitió haber recibido entrenamiento para dispersar tumultos.*⁴⁶⁵

⁴⁶³ Conforme Sala Segunda, sentencia del 28 / 02 / 2002 en causa 4442: BAGABLIA, Karian Deborah s / Recurso de Casación.

⁴⁶⁴ Conf. Sala II, sentencia del 28/11/02 en causa 9290: Ledesma, Sergio Daniel s/ recurso de Casación (reg. 822/02).

⁴⁶⁵ Conforme Sala Segunda, sentencia del 12/06/2003 en causa 9694: Ávila Alfredo

III. 2. Exceso en la legítima defensa

III. 2. a) Sala Primera

Para que se configure exceso en el acto de repeler la agresión, previamente ha debido plasmarse una situación subsumible en la legítima defensa.⁴⁶⁶

Por lo demás, como lo sostiene la sana doctrina y la jurisprudencia, desde el criterio interpretativo del límite de resistencia semántico, para que pueda uno haberse excedido en la defensa, ha debido antes encontrarse en legítima defensa. No es posible excederse en aquello en lo que no se ha estado, ello porque excederse es “propasarse, ir más allá de lo lícito o razonable” (Diccionario Enciclopédico Océano).

La figura del exceso del artículo 35 del Código Penal en una previsión especial del legislador reveladora de una acción lesiva con un contenido de menor injusto derivado de la circunstancia de haber comenzado ese accionar amparado en un permiso. Si no se da esa circunstancia de haber comenzado la conducta en forma justificada, no puede excederse la defensa.⁴⁶⁷

III. 2. b) Sala Segunda

Si bien la legítima defensa o su exceso resultan posibles aun frente a una agresión inminente, para la configuración de una u otra siempre debe existir una situación objetiva de peligro que torne necesaria la protección individual, de modo que tanto la eximente como su exceso

s/ Recurso de Casación (reg. 381/03).

⁴⁶⁶ Conf. Sala I, sentencia del 18/8/99 en causa 119: Contreras, Claudio Sergio s/ Recurso de Casación.

⁴⁶⁷ Conf. Sala I, sentencia del 18/8/99 en causa 119: Contreras, Claudio Sergio s/ Recurso de Casación.

fueron correctamente descartadas si las circunstancias probadas en autos solo dan cuenta de gritos e insultos que lógicamente no representan un peligro para la vida o la integridad física ni permiten afirmar una agresión inminente de aquella naturaleza y, que si bien en algunos supuestos podrían implicar una lesión al honor o la dignidad del afectado, en autos no se alegó ni se advierte que ello haya sucedido.⁴⁶⁸

III. 3. Jurisprudencia en la provincia de La Rioja

En la provincia de La Rioja podemos citar como un ejemplo de evolución jurisprudencial el primer antecedente de reconocimiento de un exceso en la legítima defensa, en la causa tramitada en autos Expte. N° 32456, Año 2013, caratulados Gutiérrez, Pablo S/Homicidio, tramitados por ante la Cámara Tercera en lo Criminal y Correccional de la Primera Circunscripción Judicial de La Rioja, en el cual el imputado “Ganso” Gutiérrez dio muerte con disparos en la espalda a un acosador que había estado preso por homicidio y que amenazaba tanto a él como a su familia. Entendió el tribunal de juzgamiento que el pedido de la defensa de encuadrar el caso como un supuesto de legítima defensa no encuadraba en el instituto por haber realizado varios disparos por la espalda del agresor, por lo que el medio empleado excedía esta defensa, pero sí reconoció que hubo un exceso en la legítima defensa condenándolo al cumplimiento de la pena menor por este atenuante.

Recién el caso que reconoció la legítima defensa en la jurisprudencia local fue el de Ferreyra, Alejandro, imputado de homicidio simple, y en el juzgamiento llevado a cabo en la Cámara Tercera en lo Criminal y Correccional, en 2018, se reconoció en el caso un supuesto de legítima defensa no para repeler una acción en su contra,

⁴⁶⁸ Conf. Sala II, sentencia del 14/05/2002 en causa 5560: Barreiro, Carlos Gregorio.

sino de un tercero, en este caso su amigo, que fue embestido con un arma blanca y pudo repeler el ataque con otra arma blanca, por lo que el tribunal entendió que el caso se encuadraba en esta causa de justificación.

Del análisis de la casuística en la provincia de La Rioja y la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal, puede advertirse que los requisitos generales de procedencia de la legítima defensa tanto en el derecho romano como en la actualidad se ven reflejados en la práctica tribunalicia.

IV. Conclusión

En todos los casos los requisitos generales exigidos para que pueda ser la legítima defensa una causa de justificación, tanto en el derecho romano como en el actual, son:

- Agresión ilegítima
- Bien jurídico particular protegido
- Acción activa (u omisiva) de la que se tenga conciencia
- Carácter doloso de la acción
- Peligro real o agresión adecuada para generar daño
- Carácter actual de la acción
- Necesidad de defensa

En el derecho penal actual se agrega como otro requisito:

- Carácter jurídico de la acción y por la doctrina penal se agregan los requisitos de:
 - Carácter típico de la acción
 - Carácter antijurídico

Podemos destacar la pervivencia de las concepciones romanistas que ya desde las XII Tablas han tratado este instituto jurídico. Asimismo, en el *Corpus Iuris* encontramos un notable análisis en el derecho romano que fue precedente de los conceptos jurídicos actuales que gravitan en torno a la legítima defensa.

Del análisis de las fuentes hemos concluido que estos requisitos de procedencia de la legítima defensa son los que tanto en la actualidad como en el derecho romano configuran el eje del instituto, lo que da cuenta de un origen ya en el pensamiento jurídico romano de los conceptos que luego informarían al derecho penal como la antijuridicidad y las causas de justificación.

V. Bibliografía

DI PIETRO, A. (1996). *Manual Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma.

Registro Nacional de Armas y Explosivos (2001). *Manual registral de armas*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E. (2011). *La legítima defensa en el derecho romano con referencia a la dogmática moderna*. Madrid: Dykinson.

GARCIA DEL CORRAL, I (1889). *Traducción del Corpus Iuris Civilis*. Barcelona: Lex Nova.

MOMMSEN, T. (1999). *Derecho Penal Romano*. 2ª edición. Bogotá: Temis.

RENNAN C. (2014). “La legítima Defensa en el Anteproyecto del Código Penal Argentino”. En *Nota 22*, 27 de abril de 2014.

Disponible en: <http://www.nota22.com/noticia/14798-la-legitima-defensa-en-el-anteproyecto-de-codigo-penal-argentino-.html>

TERRAGNI, M. A. (2012). *Derecho Penal. Parte General*. Santa Fe: Editorial de la Universidad Nacional del Litoral.

ZILIO, J. (2012). *Legítima Defensa. Las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal*. Buenos Aires: Didot.

El derecho de representación⁴⁶⁹

Por Sebastián Mieszkowski⁴⁷⁰

I. Introducción

El presente trabajo de investigación tiene por objeto evidenciar la base romanista del derecho de representación. A partir de la presentación de un caso concreto del año 2016, expondremos los fundamentos de la resolución judicial, haremos una breve reseña sobre el derecho de representación en el derecho romano y veremos cómo este instituto es receptado por Vélez Sarsfield en el Código Civil derogado y cómo se sostiene en la codificación vigente.

⁴⁶⁹ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Una mirada romanista a las reglas y principios en el Código Civil y Comercial de la Nación. Primera parte,” que se desarrolla en UFLO Universidad bajo la dirección de la Dra. Mirta Beatriz Álvarez.

⁴⁷⁰ Estudiante becario de derecho de UFLO Universidad.

II. El fallo

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L

Fecha: 07/03/2023

Partes: R., J. E. s/ Sucesión testamentaria

Nos encontramos ante un caso en donde del testamento ológrafo declarado válido en autos se desprende que la causante instituyó como herederas de la totalidad de sus bienes, en partes iguales, a sus hermanas Marta Zulema R., María Olga R. y Susana Irma R. La primera de ellas falleció el 24/12/2003, con anterioridad a la causante (24/01/16).

Los hijos de la Sra. Marta Zulema R. peticionan que se los tenga por presentados como herederos por el derecho de representación dado que la Sra. C. E. T., que resulta ser cesionaria de la coheredera María Olga R., omite mencionarlos como herederos de la causante, ya que solo se refiere a las hermanas que sobrevivieron a la *de cujus*, Susana Irma y María Olga.

El juez de primera instancia resuelve hacer lugar al pedido efectuado por los herederos de Marta Zulema R., admitiendo el derecho de representación de los Sres. Alberto Justo U., Walter Guillermo U., Daniel Alejandro U. y Eduardo Salvador U. respecto de su madre premuerta, que fuera instituida heredera testamentaria.

La Sra. C. E. T. cuestionó la decisión, pues a su entender la institución de heredero o legatario caduca cuando el instituido muere antes que el testador, ya que en el caso la madre de los nombrados no era heredera forzosa de la causante. Todo ello con fundamento en lo normado por el artículo 2518 del Código Civil y Comercial (en adelante CCyC).

El Tribunal consideró que, en cuanto a la aplicación de las leyes en el tiempo, corresponde señalar que cuando una persona hace un testamento debe cumplir con los requisitos establecidos por la ley en ese momento en tal sentido. Por lo que, en lo que respecta a las

formas, la ley aplicable será la que rija al momento de la celebración del testamento.

En cambio, en lo atinente al contenido del acto, como su validez o eventual nulidad, dependerá de la ley que rija a la muerte del testador (artículo 2466 del CCyC).⁴⁷¹

La cuestión se ciñe entonces a determinar si corresponde aplicar el derecho de representación invocado por los herederos de la Sra. Marta Zulema R. en los términos del tercer párrafo del artículo 2429 del CCyC.

El Tribunal resolvió confirmar la decisión de primera instancia ya que consideró que la causante, en cuanto a la institución de herederos se refiere, se limitó a confirmar la distribución a la herencia que resulta de la ley, por lo que se configuró en el caso el supuesto previsto por el tercer párrafo del 2429 del CCyC, motivo por el cual sostuvo que correspondía desestimar las endebles quejas de la apelante, pues no habían logrado rebatir la correcta decisión de grado.⁴⁷²

III. El derecho de representación en el derecho romano

El modernamente denominado derecho de representación sucesoria, derecho de representación hereditaria o, simplemente, derecho de representación es una institución conocida y regulada por el derecho romano bajo las expresiones “*successio in locum*” y “*successio per (in) stirpes*”. Suele señalarse como punto seguro de partida la

⁴⁷¹ SOLARI, N. (2020). *Manual de Sucesiones*. Buenos Aires: Thomson Reuters, p. 276.

⁴⁷² LA LEY, 08/05/2023, con nota de Luis A. Ugarte; TR LALEY AR/JUR/15243/2023.

romana *Lex Duodecim Tabularum* o Ley de las XII Tablas (451-450 a. C).⁴⁷³

Ya en la sucesión intestada de la Ley de las XII Tablas se establecía la regla de que los que están en primer grado (hijos, hijas) desplazan a los que están en grado ulterior (nietos y nietas) y que, en principio, la división de la herencia se hace *per cápita*, es decir, que cada uno tendrá una cuota igual.

Pero si un hijo ha premuerto o ha dejado de estar *in potestate*, habiendo dejado nietos, la parte que le hubiese correspondido al hijo fallecido le es atribuida a sus hijos y a su *uxor in manu* (Gayo, 3. 8; Institutas, 3. 1. 6; Ulpiano, 26. 2; Paulo, 4. 8 .9).⁴⁷⁴ Se habla aquí de representación de los descendientes en la cabeza de su antecesor.

De este modo, la herencia se divide, en principio, considerando cuántas cabezas de *sui heredes* había, incluido el hijo premuerto (división por estirpes), y la porción de éste último se distribuye *per cápita* entre sus hijos, que son nietos del causante.

Si nos referimos a la sucesión de la *bonorum possessio ab intestato*, a través del llamamiento *unde liberi*, en primer término se llama a los descendientes (*liberi*), donde se entienden comprendidos no solamente a los *sui heredes*, sino también a todos los descendientes en general por la vía del varón. Con ello, el pretor en parte confirma el llamamiento primero de la Ley de las XII Tablas al llamar a los *sui heredes*, pero lo corrige llamando a los hijos emancipados. También aquí existe el derecho de representación dado que si hay dos hijos, A, que es *sui heredes*, y B, emancipado, pero éste último ha premuerto, la *bonorum possessio* se divide en mitades, una mitad para A y la otra mitad se divide entre los hijos de B.

⁴⁷³ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2021). "Reconocimiento del derecho de representación en el derecho romano". *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo. Tomo VIII. Derecho de Sucesiones*. Madrid: Boe, p. 295 y ss.

⁴⁷⁴ DI PIETRO, A. (2009). *Derecho privado romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 352.

Ya en el denominado derecho justiniano, en el sistema de las Novelas 118 y 127 se observa como característica el abandono del vínculo agnaticio para dar total y única admisibilidad al parentesco cognaticio. Así, muerto alguien intestado lo suceden sus descendientes con estas características: ante todo están los hijos, sin distinción de sexo, sean legítimos o adoptivos, sean *sui iuris* o *alieni iuris*. Éstos desplazan por estar en primer grado de consanguinidad a los de grado posterior, donde la división se hace *per cápita*. Si uno de los hijos ha premuerto y ha dejado nietos o nietas del causante, éstos, por el principio de representación, ocupan el lugar de su padre, de tal modo que reparten también *per cápita* la porción que le hubiere correspondido a éste.

Si no hay hijos, la herencia va al grado siguiente, es decir, directamente a los nietos, que por ser éstos del mismo grado se la reparten *per cápita*. Eventualmente los bisnietos podrían desplazar a sus padres, en caso de no existir ninguno de éstos. Si un nieto premuere en relación con el causante, sus descendientes pueden pedir su parte por el derecho de representación.

En esta etapa del derecho romano, el segundo orden corresponde a los ascendientes y hermanos. En lo referente al derecho de representación, podemos ejemplificarlo diciendo que si existe el abuelo paterno, ambos abuelos maternos y tres hermanos germanos (hermanos bilaterales), la herencia se divide en seis partes iguales. Esto no estaba previsto en la Novela 118, pero fue completado por la 127, que estableció también que en el caso de un *germanus* o de una *germana* premuertos, sus hijos ocupaban su lugar conforme al principio de representación.

Si no existen ascendientes pero sí *germani*, entonces éstos heredan directamente, dividiéndose la herencia *per cápita*. Y si uno de ellos ha premuerto y deja hijos, éstos pasan a ocupar su lugar por el principio de representación.

En el tercer orden, si no hay descendientes, ni ascendientes ni hermanos germanos, la herencia va a los hermanos unilaterales o

medios hermanos, ya sean consanguíneos o uterinos. Ya sean varones o mujeres, se reparten la herencia *per cápita*, y si uno de ellos ha premuerto y deja hijos, éstos pasan a ocupar su lugar por el mencionado principio de representación.⁴⁷⁵

IV.- Sucesión intestada y derecho de representación en el Código Civil de Vélez

El Código Civil de Vélez (en adelante CC) afirmaba con relación a las sucesiones intestadas en su artículo 3545 que “las sucesiones intestadas corresponden a los descendientes legítimos y naturales del difunto, a sus ascendientes legítimos y naturales, al cónyuge sobreviviente, y a los parientes dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este código. No habiendo sucesores legítimos, los bienes corresponden al Estado general o provincial”.⁴⁷⁶

El mencionado artículo fue derogado por la Ley 23.264, que suprimió la referencia a los descendientes y ascendientes naturales.

El principio general del orden de llamamientos continúa siendo que el pariente más cercano en grado excluye al más remoto, con la excepción del derecho de representación. Este instituto quedaba definido en el artículo 3549, el cual establecía que “la representación es el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre o madre en la familia del difunto, a fin de suceder juntos en su lugar a la misma parte de la herencia a la cual el padre o la madre habrían sucedido”.

Por su parte, el artículo 3585 señalaba en relación a la sucesión de

⁴⁷⁵ DI PIETRO, *op. cit.* p. 352 y ss.

⁴⁷⁶ GRECO, R. E. (1982). *Código Civil de la República Argentina y legislación complementaria*. Buenos Aires: Editorial Policial.

los parientes colaterales que “no habiendo descendientes ni ascendientes, ni viudo ni viuda, ni hijos extramatrimoniales, heredan al difunto sus parientes colaterales más próximos hasta el cuarto grado inclusive, salvo el derecho de representación para concurrir los sobrinos con sus tíos. Los iguales en grado heredan por partes iguales”.⁴⁷⁷

La regla en el Código velezano era que el instituto de la representación se aplicaba únicamente a las sucesiones intestadas. Sin embargo, cuando el testador se limitaba a confirmar la distribución de la herencia según la ley, algunos autores y fallos se atenían rigurosamente al principio del artículo 3743 del CC, “Toda disposición caduca si aquel a cuyo favor se ha hecho no sobrevive al testador”, mientras que otro sector consideraba que no se apreciaban motivos para excluir a los hermanos del testador, instituidos herederos, del ámbito de aplicación del derecho de representación, puesto que no se altera el régimen legal de la sucesión intestada. Por ello, no se justifica excluir de la sucesión a los sobrinos del causante, hijos del hermano prefallecido, pues también habrían sido llamados por la ley a la sucesión del difunto en homenaje al afecto presunto del causante (artículo 3585 del CC).⁴⁷⁸

V. Sucesión intestada y derecho de representación en el CCyC

En lo atinente a nuestra legislación vigente, el CCyC establece, en relación a las sucesiones intestadas en su título IX, capítulo 1, artículo 2424:

⁴⁷⁷ *Ibidem*.

⁴⁷⁸ LA LEY, *op. cit.*

Hereditario legítimo. Las sucesiones intestadas se defieren a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge superviviente, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código. A falta de herederos, los bienes corresponden al Estado nacional, provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el lugar en que están situados.

En relación al derecho de representación, el CCyC establece en su artículo 2427 que “los demás descendientes heredan por derecho de representación, sin limitación de grados”.

El CCyC no define el derecho de representación, como lo hacía el derogado artículo 3549 del CC, pero la concepción del instituto de la representación es la misma.

El derecho de representación es el que inviste al descendiente o los descendientes (representante/s) para ocupar el lugar de su o sus ascendientes (representado/s) en la sucesión del causante, recibiendo lo que el o los representados hubieran recibido de concurrir personalmente a la sucesión de que se trate, más allá del análisis de las otras causas jurídicas que abren la representación, como la indignidad y la renuncia.

El principio básico de la representación, y el que explica todos sus efectos y consecuencias, es el de la ficción jurídica.

El representante ocupa el mismo lugar que hubiera ocupado el representado en la sucesión del difunto. Tiene sus mismos derechos y obligaciones, concurre a la sucesión con las personas con las cuales hubiera concurrido el representado y excluye a quien él hubiera excluido. Para que opere el derecho de representación es necesaria la muerte o el desplazamiento del representado.

En la representación, la sentencia que declare la ausencia con presunción de fallecimiento se equipara a la muerte real: los descendientes del ausente con presunción de fallecimiento concurren a la sucesión por representación. En los casos de conmorencia —mueren ambos progenitores conjuntamente (artículo 95 del

CCyC)– también opera el derecho de representación a favor de los descendientes.

Por otra parte, no solo se puede representar a las personas muertas. La representación también tiene lugar cuando el representado, aunque vivo, ha sido desplazado de la herencia por los motivos que señala la ley. Heredan por representación: a) los descendientes del heredero que ha renunciado a la herencia; b) los descendientes del indigno (artículo 2429 del CCyC).

En otras palabras, la representación tiene lugar cuando el representado no puede o no quiere aceptar la herencia por los motivos estipulados en la ley (renuncia, indignidad, muerte).⁴⁷⁹

En lo atinente a los efectos de la representación, el artículo 2428 del CCyC establece que “en caso de concurrir descendientes por representación, la sucesión se divide por estirpes, como si el representado concurriera. Si la representación desciende más de un grado, la subdivisión vuelve a hacerse por estirpe en cada rama. Dentro de cada rama o subdivisión de rama, la división se hace por cabeza”.

Para referirnos a los casos en que tiene lugar la representación debemos remitirnos a lo establecido por el artículo 2429, el cual nos indica que “la representación tiene lugar en caso de premoriencia, renuncia o indignidad del ascendiente. No la impide la renuncia a la herencia del ascendiente, pero sí la indignidad en la sucesión de éste. Se aplica también en la sucesión testamentaria, si el testador se limita a confirmar la distribución a la herencia que resulta de la ley”.

La norma reitera un principio básico en orden a que la representación tiene lugar en caso de premoriencia (en interpretación del artículo 2279, inc. a, CCyC), renuncia (artículos 2298 a 2301 del CCyC) o indignidad del ascendiente a quien se representa (artículos 2281 a 2285 del CCyC).

⁴⁷⁹ HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. 1ª edición. Buenos Aires: Infojus, pp. 161-163.

En este punto se asemeja al sistema del CC, exceptuada la causal de desheredación que no se reitera, por lo que el CCyC no contempla la desheredación.

En cuanto a la representación en la sucesión testamentaria, el artículo 2429 del CCyC introduce una novedad importante, acogiendo la sugerencia de repetida doctrina predominante.

Se aplica el derecho de representación en la sucesión testamentaria, si el testador se limita a confirmar en las disposiciones de última voluntad la distribución a la herencia que resulta de la ley.

El texto mencionado es decisivo en cuanto a que la representación opera exclusivamente dentro de los márgenes legales, esto es, “si el testador se ha limitado a confirmar la distribución de la herencia que resultaría de la ley”.

Queda claro que en el testamento el causante se ciñe a confirmar la distribución de la herencia, sin aditamento alguno.⁴⁸⁰

Si bien había acuerdo en que el descendiente de un heredero o heredera instituido no pariente de quien testa carece del derecho de representación si dicho heredero premuere al causante, esta norma vino a concluir con el debate clásico sobre si correspondía o no aplicar el derecho de representación en la sucesión testamentaria.

VI. Conclusiones

El derecho de representación constituye un supuesto de vocación indirecta o referida e implica una excepción al principio general según el cual los parientes más cercanos en grado excluyen a los de grado más remoto.

Los derechos sucesorios de aquellas personas se determinan, en

⁴⁸⁰ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 166-167.

cuanto a su existencia, cuantía y posición respecto del causante, por referencia a los de aquellos ascendientes suyos que lo excluirían de la herencia. Su esencia radica en que los derechos sucesorios de ciertos herederos (representantes) se determinan por referencia al grado, calidad parental y cuantía que hubieran tenido otros herederos (representados).⁴⁸¹

En relación al caso concreto en análisis, el tribunal entendió que la cuestión respondía al supuesto en el que el testador instituye herederos a las mismas personas que lo hubieran sucedido por disposición de la ley, en caso de no haber testado.

En tal sentido, nuestro CCyC, con entrada en vigencia el 1º de agosto del año 2015, realiza una sensible modificación respecto de la aplicación de este instituto, puntualmente en lo referido a los casos en que tiene lugar.

El artículo 2429 del CCyC en su último párrafo establece que “se aplica también en la sucesión testamentaria, si el testador se limita a confirmar la distribución a la herencia que resulta de la ley”. Y es justamente este principio el que termina siendo aplicado para resolver la procedencia del derecho de representación.

Continuando con una verdadera tradición nacional, la legislación argentina no se aparta en general del sistema sucesorio intestado de remoto origen romano, subjetivo, manifestado en la sucesión por líneas y grados de parentesco, a los cuales se suma el consorte sobreviviente (véase: regulación y cómputo del parentesco, artículos 529 a 536 del CCyC).

Se aplican los clásicos principios de jerarquía de los órdenes hereditarios y la solución en caso de concurrencia de dos o más órdenes.⁴⁸²

⁴⁸¹ ZANNONI, E. (2008). *Derecho de las Sucesiones*. T. 2. Buenos Aires: Astrea, p. 20; PÉREZ LASALA, J. L., (2014). *Tratado de Sucesiones*. T. I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 334.

⁴⁸² HERRERA, CAMELO y PICASSO, *op. cit.*, p. 157.

El derecho romano tuvo la fuerte convicción de proteger el vínculo familiar. Como es natural, las modificaciones en el ordenamiento jurídico romano responden a los cambios de concepción de la familia romana.

Así, notamos que en las distintas etapas de su historia se revelan las profundas transformaciones sociales que, a través de la labor de los distinguidos juristas de la época, han sido receptados por la legislación, atendiendo el cambio de pensamiento en relación al vínculo agnaticio y su viraje definitivo hacia el vínculo cognaticio o sanguíneo.

El derecho de representación se encuentra vigente en todas estas etapas, siendo aplicado en distintos grados de llamamiento, pero con el mismo sentido protector o lo que podríamos llamar un sentido natural y justo.

De lo expuesto podemos precisar que tanto el Código velezano como la codificación actual se basan y respetan la lógica jurídica que el derecho romano sostuvo en las distintas etapas de su desarrollo, respetando la voluntad del causante ante la existencia de un testamento, o supliendo la carencia de esta voluntad con los supuestos legales ajustados a una concepción de familia cambiante, producto de la dinámica social y los cambios de paradigma que se suceden en todo tiempo y en todo lugar.

VII. Bibliografía

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2021). “Reconocimiento del derecho de representación en el derecho romano”. *Fundamentos románicos del derecho contemporáneo. Tomo VIII. Derecho de Sucesiones*. Madrid: Boe.

DI PIETRO, A. (2009). *Derecho privado romano*. Buenos Aires: Depalma.

GRECO, R. E. (1982). *Código Civil de la República Argentina y legislación complementaria*. Buenos Aires: Editorial Policial.

HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. 1ª edición. Buenos Aires: Infojus.

LA LEY, 08/05/2023, con nota de Luis A. Ugarte; TR LALEY AR/JUR/15243/2023.

PÉREZ LASALA, J. L., (2014). *Tratado de Sucesiones*. T. I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

SOLARI, N. (2020). *Manual de Sucesiones*. Buenos Aires: Thomson Reuters.

ZANNONI, E. (2008). *Derecho de las Sucesiones*. T. 2. Buenos Aires: Astrea.

La historia romana según los historiadores marxistas

Por José María Monzón⁴⁸³

I. Introducción

Si las personas tuviesen que elegir dónde centrar su atención en la historia de la Antigüedad clásica, probablemente se focalizarían en dos ciudades: Atenas y Roma. Idealizadas o denigradas con base en fundamentos más o menos plausibles, lo cierto es que otras ciudades de la cultura mediterránea de la época no despiertan igual o mayor interés. Cuando se profundiza en dicha elección se descubre que ella se funda en fuertes razones, tales como la creación –si se puede decir– de los conceptos de democracia y de filosofía, “la creación por los griegos de la política y la filosofía es la primera aparición histórica del proyecto de autonomía colectiva e individual”⁴⁸⁴.

⁴⁸³ Profesor de Teoría General y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho (UBA). Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” en la misma Facultad (UBA).

⁴⁸⁴ CASTORIADIS, C. (2008). *El mundo fragmentado*. Buenos Aires: Terramar, p. 102.

Sin embargo, esto no impide que se construya una visión ideal de estas ciudades y sociedades. Un examen detenido muestra que tanto la historia de ambas urbes como su estructura exponen aspectos ciertamente controversiales y negativos, por caso, las condiciones de vida de los actores sociales marginados u ocultos, como la plebe y los esclavos. Este olvido llevó a algunos historiadores a elaborar la denominada “historia desde abajo” o “*history from below*”, cuyo origen se encuentra en los historiadores británicos marxistas del siglo pasado.⁴⁸⁵

Este nuevo modo de interpretar la historia parte de las premisas del pensamiento marxiano y se desarrolla resumidamente en tres etapas. La primera surge de los trabajos de Marx y Engels. La segunda con la tarea de los historiadores británicos marxistas y con la historiografía italiana que descansa en Gramsci, sin quitar peso a la *Écoles des Annales* en Francia, que sin adscribirse al marxismo critica la historiografía tradicional. Por último, más recientemente, surge como derivación de las anteriores la que toma como punto de partida las experiencias subalternas.

Ahora bien, con referencia a la primera etapa importa indicar que, para Marx, “si por un lado la historia es el pasado, por otro es la imposición del futuro (...) la historia es entendida no ya como rémora del pasado sino como motor racional de su propio despliegue”.⁴⁸⁶ La historia es interpretada como devenir, “ocurren tanto revoluciones

⁴⁸⁵ KAYE, H. J. (2019). *Los historiadores marxistas británicos. Un análisis introductorio*. Buenos Aires: Waldhuter, p. 318. Escribe Kaye que estos historiadores “no solo subrayan la importancia que tiene para las investigaciones históricas el estudio de las experiencias de las clases más bajas, también insisten en que las propias clases bajas han participado activamente en la formación de la historia: no son simplemente sus víctimas pasivas”.

⁴⁸⁶ FRAGA, E. (2015). “El concepto de historia en los escritos del joven Marx”. En *XI Jornadas de Sociología*. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

como restauraciones, es decir que la historia no es lineal sino que parece avanzar y retroceder sin solución de continuidad”.⁴⁸⁷ Ella, “concebida como historia de liberación, es sinónimo de la historia concebida como movimiento crítico de la realidad”.⁴⁸⁸ Por consiguiente, en Marx “la historia no es una mera sucesión de etapas, sino que en su seno se libran luchas entre los órdenes ya existentes y los órdenes en gestación. Es decir que en un mismo momento histórico conviven los restos del mundo que muere y los gérmenes del que está por nacer”.⁴⁸⁹

En este contexto, “el enfrentamiento histórico es entonces concebido como un enfrentamiento entre formas particulares y formas generales de la propiedad”.⁴⁹⁰ Siguiendo estas premisas se comprende la carta que Marx envió a Lincoln,⁴⁹¹ por intermedio del

⁴⁸⁷ *Ibidem*.

⁴⁸⁸ *Ibidem*.

⁴⁸⁹ FRAGA, *op. cit.*, p. 8; “Aunque el concepto materialista de la historia es el fundamento del marxismo, y aunque todo lo que Marx escribió está impregnado de historia, Marx mismo no escribió mucha historia en el sentido en el que los historiadores la entienden. En este respecto Engels fue más historiador, pues escribió más trabajos que razonablemente podrían clasificarse como “historia” en las bibliotecas. Desde luego Marx estudió historia y era erudito en extremo. Pero no escribió ningún trabajo que dijera “Historia” en el título, a excepción de una serie de artículos polémicos antizaristas que después se publicó bajo el título *La historia secreta de la diplomacia en el siglo XVIII* y que es uno de sus trabajos menos valiosos. Lo que llamamos criterios históricos de Marx consisten casi exclusivamente de análisis políticos de acontecimientos actuales y comentarios periodísticos, combinados con cierto trasfondo histórico” en HOBBSAWM, E. (1986). “Marx y la historia.” *Cuadernos Políticos*, N° 48, México DF, octubre-diciembre 1986, pp. 73-74.

⁴⁹⁰ FRAGA, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁹¹ MARX, K. (1865). “Address of the International Working Men's Association to

embajador norteamericano, el 28 de enero de 1865 con relación a la Guerra de Secesión, en la cual subraya dos temas que son importantes para él: la lucha antiesclavista y que ella es llevada adelante por un hijo de la clase obrera.⁴⁹² De ahí que prediga que Lincoln rescatará a los encadenados y reconstruirá el mundo social (un error de apreciación o de conocimiento pues Lincoln, en principio, no era abolicionista, solo quería que la esclavitud no se extendiese).⁴⁹³ Más si se considera que la lucha antiesclavista se integra dentro de un marco mayor: el que destaca a la esclavitud como la principal característica de las formas económicas antiguas que preceden a la producción capitalista.⁴⁹⁴

Al respecto nota Hobsbawm que Marx “reconoce solo tres formas de sociedades de clase: la sociedad esclavista de la Antigüedad, el feudalismo y la sociedad burguesa”.⁴⁹⁵ Aunque, como Hobsbawm reconoce, para Marx

no es su preocupación en las Formen trazar una “historia económica” de

Abraham Lincoln, President of the United States of America Presented to U.S? Ambassador Charles Francis Adams, January 28 (Lincoln había sido reelegido en 1864). Disponible en: <https://www.marxists.org/archive/marx/iwma/documents/1864/lincoln-letter.htm>

⁴⁹² <https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/presidents/abraham-lincoln/>
 493 Lincoln sostuvo: “Mi objetivo primordial en esta lucha es salvar la Unión, y no salvar ni destruir la esclavitud. Si pudiera salvar la Unión sin liberar a ningún esclavo, lo haría, y si pudiera salvarla liberando a todos los esclavos, lo haría, y si pudiera salvarla liberando a algunos y dejando en paz a otros, también lo haría.” Disponible en: <https://www.loc.gov/collections/abraham-lincoln-papers/articles-and-essays/abraham-lincoln-and-emancipation/>

⁴⁹⁴ MARX, K. y HOBBSAWM, E. (2009). Formaciones económicas precapitalistas, México: Siglo XXI, p. 37.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, op. cit., p. 31.

ninguna de las dos. En realidad, tal como sucede en otros lugares, aunque aquí en una forma más bien general, no le preocupa la dinámica interna de los sistemas precapitalistas excepto en tanto explique los prerequisites del capitalismo.⁴⁹⁶

Por lo cual, su interés por la Guerra de Secesión pasa por ser una nota de la lucha de clases, cuya centralidad se percibe en el prólogo a la edición alemana de 1883 del *Manifiesto Comunista* escrito por Engels, para quien

La idea central que inspira todo el *Manifiesto*, a saber: que el régimen económico de la producción y la estructuración social que de él se deriva necesariamente en cada época histórica constituye la base sobre la cual se asienta la historia política e intelectual de esa época, y que, por tanto, toda la historia de la sociedad —una vez disuelto el primitivo régimen de comunidad del suelo— es una historia de luchas de clases, de luchas entre clases explotadoras y explotadas, dominantes y dominadas, a tono con las diferentes fases del proceso social, hasta llegar a la fase presente, en que la clase explotada y oprimida —el proletariado— no puede ya emanciparse de la clase que la explota y la oprime —de la burguesía— sin emancipar para siempre a la sociedad entera de la opresión, la explotación y las luchas de clases; esta idea cardinal fue fruto personal y exclusivo de Marx.⁴⁹⁷

⁴⁹⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁹⁷ MARX, K. y ENGELS, F. (1848). *Manifiesto del Partido Comunista*. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm>. Acerca de esto, Aron estima que “en verdad, la teoría de las clases no es especialmente marxista, es más bien una modalidad de la teoría de la estratificación social en el vocabulario de los sociólogos norteamericanos. Entre tanto podemos decir que en las discusiones sobre la teoría de clases figura, como una de las hipótesis posibles, la teoría marxista de la lucha de clases. Luego, aunque la teoría de la lucha de clases nunca haya sido elaborada por el propio Marx, no deja de ser su idea central. Además,

Aplicados estos conceptos a la interpretación histórica, Marx y Engels opinan que desde

los tiempos históricos nos encontramos a la sociedad dividida casi por doquier en una serie de estamentos, dentro de cada uno de los cuales reina, a su vez, una nueva jerarquía social de grados y posiciones. En la Roma antigua son los patricios, los équites, los plebeyos, los esclavos; en la Edad Media, los señores feudales, los vasallos, los maestros y los oficiales de los gremios, los siervos de la gleba, y dentro de cada una de esas clases todavía nos encontramos con nuevos matices y gradaciones.⁴⁹⁸

Ante estos planteos conviene preguntarse cuál era el conocimiento que Marx tenía de la Antigüedad clásica. Con relación a esto se observa en la historia intelectual de Marx que

En lo referente a la historia de la Antigüedad clásica (greco-romana), Marx y Engels estaban casi tan bien equipados como el estudioso moderno, que se apoya en fuentes puramente literarias, aunque no disponían (cuando fueron escritas las *Formen*) de la gran masa de trabajo arqueológico y de la colección de inscripciones, que desde entonces han revolucionado el estudio de la Antigüedad clásica, ni tampoco de los papiros. (Schliemann no inició sus excavaciones en Troya hasta 1870, y el primer tomo del *Corpus Inscriptionum Latinarum* de Mommsen apareció apenas en 1863.) Como individuos de educación clásica no tenían dificultades en leer latín y griego,

Marx afirmó que la teoría de la lucha de clases no era suya. Lo que le pertenece es la idea de que la lucha de clases se limita a un cierto número de formaciones sociales y que el socialismo representaría el fin de la lucha de clases” en ARON, R. (1988). “Imperialismo, lo que queda del Marxismo-Leninismo. Entrevista de Gilles Lapouge.” En *Política. Revista de Ciencia Política*, Vol.16, p. 31.

⁴⁹⁸ MARX y ENGELS, *op. cit.*

y sabemos que estaban familiarizados aun con fuentes tan recónditas como Jornades, Amiano Marcelino, Casiodoro y Orosio.⁴⁹⁹

A esto se podría añadir la tesis doctoral de Marx, *Diferencia de la filosofía de la naturaleza en Demócrito y en Epicuro*,⁵⁰⁰ que según Mehring –uno de sus biógrafos principales– se presenta en un contexto en el cual “los racionalistas burgueses del siglo XVIII habían movilizado (...) al servicio de su idea, a la filosofía griega de la propia conciencia: la duda de los escépticos, el ateísmo de los epicúreos, la convicción republicana de los estoicos”.⁵⁰¹ En consecuencia no extraña el tema elegido por Marx, uno de los frutos del “período más largo y feliz de esta carrera (científica) fue el de sus estudios académicos, seguido por los años de preparación filosófica e histórica en Kreuznach, París y Bruselas, un total de ocho años que van de 1840 a 1847”.⁵⁰²

En cuanto a la segunda etapa cabe distinguir entre los historiadores británicos marxistas y los italianos que parten de la obra de Gramsci. Entre los primeros surge lo que se denomina la historia “desde abajo”, una corriente cuya idea nuclear es “lograr un correcto balance entre calidad académica intelectual, el activismo político-social y la difusión del pensamiento crítico marxista”.⁵⁰³ Dentro de este grupo están, de

⁴⁹⁹ HOBSBAWM y MARX, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁰⁰ MARX, K. (1971). *Diferencia de la filosofía de la naturaleza en Demócrito y en Epicuro*. Madrid: Ayuso.

⁵⁰¹ MEHRING, F. (1932). *Carlos Marx. Historia de su vida*. Cenit: Madrid, p. 44.

⁵⁰² RUBEL, M. (1970). *Karl Marx. Ensayo de biografía intelectual*. Buenos Aires: Paidós, p. 13.

⁵⁰³ BARRIENTOS VALVERDE, J. (2018). “La Revolución Rusa y su impacto en Occidente: El caso de los Historiadores marxista británicos”. En *Revista Estudios*, Nº 36, p. 6; “La lectura más generalizada entre los historiadores tiende a identificarlo con una práctica historiográfica que toma como objeto de estudio

acuerdo con Barrientos Valverde: a) quienes estudian “la Historia Económica (transiciones entre modos de producción, formaciones económicas, capitalismo, imperialismo, explotación de recursos, explotación de personas, colonialismo)”;

b) quienes examinan “la Historia Social desde Abajo (protestas políticas, movimientos sociales, rebeliones populares);

c) los que analizan “la Historia Cultural (ideología, conciencia, discursos, adoctrinamiento, intelectuales, hegemonía, mentalidades colectivas, imaginarios populares);

y d) los que investigan “la Historia Política (Estado, hegemonía estatal, poder, violencia, guerras, revoluciones)”.⁵⁰⁴ De esta perspectiva se visibilizan sujetos colectivos como la plebe, los esclavos, los colonos, o las mujeres,

La historia desde abajo o historia popular, como tratará de explicarse a continuación, es algo diferente a otras tendencias que la historiografía ha puesto de manifiesto en las décadas siguientes a la Segunda Guerra Mundial hasta el presente. No consiste en una historia de la vida privada o cotidiana, ni tampoco en una historia de las mentalidades. Estas dos últimas han perseguido sus propios fines a partir de unos objetivos predefinidos y de unas metodologías concretas. La historia desde abajo pretende desvelar la realidad y el problema de un sujeto histórico escasamente conocido por las fuentes primarias y por las secundarias, las masas populares.⁵⁰⁵

a las clases populares: el pueblo, los obreros o la *gente común* (...). Desde esta perspectiva, la ‘historia desde abajo’ se define no tanto por sus credenciales teóricas o técnicas, sino por su objeto de estudio. En otras palabras, se considera una temática historiográfica definida por el estudio de ciertos estratos sociales a los cuales se les identifica como ‘los de abajo’, en ESTRELLA GONZÁLEZ, A. (2009). “Las ambigüedades de la ‘historia desde abajo’ de E. P. Thompson: las herramientas del historiador entre la forma, el compromiso político y las disposiciones sociales.” En *Signos Históricos*, Nº 22, p. 81.

⁵⁰⁴ BARRIENTOS VALVERDE, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁵⁰⁵ IJALBA PÉREZ, P. (2011). “¿Una ‘Historia desde Abajo’ de la Antigüedad es

Con relación a la corriente italiana importa señalar –subraya Duplá Ansuategui– al Gruppo di studio dell’ Antichità del Istituto Gramsci, cuya primera publicación aparece en 1978 en la obra colectiva *Anàlisi marxista e società antiche*, coordinada por Luigi Capogrossi, A. Giardina y A. Schiavone. Se presenta como un trabajo interdisciplinar, donde se ofrece un marco teórico que parte de los aportes de Marx al funcionamiento de las sociedades antiguas, y busca “unir la necesaria generalización y abstracción a los hechos históricos y datos concretos”.⁵⁰⁶ Para Brutti, se trata de asumir en la base de la discusión: la relación entre el marxismo teórico y la historiografía sobre el mundo antiguo, relaciones que, según este autor, serán de beneficio mutuo “si se liberan de cualquier residuo dogmático: adecuadas, por un lado, al nivel del debate teórico y, por otro, a las exigencias de conocimiento de los historiadores”.⁵⁰⁷

Relacionado con los movimientos anteriores interesa mencionar a la École des Annales. Nacida en Estrasburgo a partir de una revisión

Posible? El Análisis de la Historiografía sobre la Roma Antigua”. En *Studia historica. Historia antigua*, N° 29, p. 238; “The idea of writing a history of lowly persons, history from below or, as has often been proclaimed, giving a voice to the voiceless, was a long-term project of post-Second World War historiography. The desire had its roots in the pre-War resistance to the then-dominant paradigm of history that had emerged in nineteenth-century Western Europe, the idea of history as an exact discipline on a Thucydidean model” en SHAW, B. (2022). “Foreword” En MAGALHÃES DE OLIVEIRA J. C. y COURRIER, C. (eds.). *Ancient History from Below. Subaltern Experiences and Actions in Context*, Londres-Nueva York: Routledge.

⁵⁰⁶ DUPLÁ ANSUATEGUI, A. (2001). “Notas a Propósito de la Historiografía Neomarxista Italiana sobre el Mundo Clásico” En *Studia historica. Historia antigua*, N° 19, p. 118; CIMINO, A. M. (2021). “L’influenza di Gramsci su Antonio La Penna. Dalla formazione gentiliana all’empiromaterialismo” En *Lexis*, Vol. 39, N° 1, pp. 211-236.

⁵⁰⁷ BRUTTI M. (1978). En CAPOGROSSI, L., GIARDINA, A. y SCHIAVONE, A. (eds.). *Analisi marxista e società antiche*, Roma: Editori Riuniti-Istituto Gramsci, p. 13.

de la ciencia histórica realizada por Marc Bloch y Lucien Febvre en las primeras décadas del siglo XX, ésta se presenta examinando la concepción que se tiene del rol de la ciencia en la sociedad, en la medida que ella inspira su concepción de la historia y muestra su sensibilidad frente a las nuevas corrientes ideológicas en medio de la crisis intelectual que colorea su práctica y sus ambiciones de historiadores, sostiene Burguière. En ellos se destaca su interdisciplinariedad como el esfuerzo por multiplicar los modos de aproximarse a la realidad. La tarea consiste en ir desde el presente hacia su génesis.⁵⁰⁸

¿Qué se deduce de estos movimientos? Por un lado, la necesidad de realizar una relectura con base en las premisas marxianas, y por otro, la exigencia impuesta por la tarea científica de superar el reduccionismo que conlleva una aplicación dogmática de los presupuestos marxistas. Se habla entonces de un marxismo crítico, una salida a la encerrona planteada por el marxismo clásico, una corriente a la cual se podría ubicar a Canfora, quien citando a Momigliano recuerda que éste sostuvo que la imagen mercantil y liberal que Rostovcev tenía de las ciudades helénicas se debía en gran parte a su formación y a sus ideas, es decir, que era la proyección de su mundo ideal. Esto aplicado a Marx le hace decir a Canfora que el esquema marxiano de la sucesión de los modos de producción es demasiado estrecho para dar cuenta del pasaje de la Antigüedad a la Edad Media.⁵⁰⁹ Por eso

cuando se hace referencia al marxismo como una guía o una ayuda para el conocimiento del pasado, la mayoría de las veces se enfatiza la necesidad de una actitud flexible y desinteresada del historiador, irreductible a la teoría

⁵⁰⁸ BURGUIÈRE, A. (1979). "Histoire d'une histoire: la naissance des Annales." En *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, Año 34, N° 6, pp. 1347-1359.

⁵⁰⁹ CANFORA, L. (1981). "Antiquisants et marxisme." En CAPOGROSSI, L., GIARDINA, A. y SCHIAVONE, A. (eds.). *Analisi marxista e società antiche*. Roma: Editori Riuniti-Istituto Gramsci, p. 431.

pura de la sociedad y su devenir. Por supuesto, la desconfianza del historiador hacia las generalizaciones no solo está justificada, sino que es necesaria.⁵¹⁰

En suma, tenemos un Marx que se ocupa de la Antigüedad clásica en función de su propósito político que explica lo escaso de su estudio sobre aquella época. Esto cambia en el siglo veinte. Sus seguidores buscan completar y actualizar esta perspectiva ocupándose de investigar los datos históricos de la historia antigua que habían sido descuidados o escasamente estudiados por Marx. En el caso romano esto implica destacar

cómo la cultura de una sociedad no refleja necesariamente, o no solamente, la realidad, sino sobre todo la visión de la realidad de la clase dominante y lo que ésta pueda tolerar. El ejemplo más sobresaliente viene dado por la discusión de la legislación romana sobre el lujo y sobre la ética de la pobreza y la austeridad que impregna la sociedad romana. Se trata de una construcción ideológica que contrasta con la realidad social y con las prácticas de la élite dirigente en Roma, pero que se impone y perdura en la sociedad occidental hasta el s. XVIII, cuando se extiende una nueva consideración positiva de la riqueza y del aumento del consumo.⁵¹¹

Aunque en opinión de IJALBA PÉREZ

el principal factor limitativo de estos planteamientos es que no tuvieron una debida continuidad, no por estos autores, sino por otros que se aproximaron a las mismas cuestiones. Solo así habría sido posible consolidar una historia desde abajo para el mundo antiguo, con unos planteamientos, métodos y técnicas definidos y consolidados, en conexión con los desarrollos generales de la historiografía de otras épocas. Y al mismo tiempo, equilibrando una

⁵¹⁰ BRUTTI, *op. cit.*, p. 14.

⁵¹¹ DUPLA ANSUATEGUI, *op. cit.*, p. 132.

sistematización de estudios de importante tradición como los que ya existían para otros grupos como el de esclavos o libertos. En tal caso, se habría avanzado en el conocimiento *total* de los grupos subalternos de la sociedad romana y consecuentemente, en la conformación de esta misma.⁵¹²

Por lo cual, se aprecia que aun cuando las premisas básicas del marxismo en los historiadores contemporáneos no pesan como en el período estalinista, la historiografía marxista ha realizado aportes significativos. Esto requiere distinguir entre quienes usan dogmáticamente los trabajos de Marx de aquellos que utilizan sus obras con un sentido crítico sin abandonar los presupuestos básicos del marxismo.⁵¹³ Y este es el objetivo del presente trabajo: analizar la interpretación de la historia romana realizada por los historiadores de formación marxista, un tema que no está disociado de la historia griega por las razones que notaremos oportunamente.

II. La esclavitud y la lucha de clases

Dentro de los historiadores marxistas hay varios temas que llaman su atención: la esclavitud, los movimientos sociales, el colonialismo y el imperialismo, entre otros. En este capítulo nos ocuparemos de dos actores sociales: la plebe y los esclavos, para luego en el siguiente examinar el imperialismo romano.

Con relación a la esclavitud importa citar lo expresado por Engels que hemos mencionado en la introducción: “Toda la historia de la sociedad —una vez disuelto el primitivo régimen de comunidad del

⁵¹² IJALBA PÉREZ, *op. cit.*, p. 247.

⁵¹³ TRAVERSO, E. (2011). *Marx, History, and Historians: a Relationship in Need of Reinvention*. En *Actuel Marx*, Vol. 50, Issue 2, pp. 153-165.

suelo— es una historia de luchas de clases, de luchas entre clases explotadoras y explotadas, dominantes y dominadas”. Bajo este punto de vista las luchas entre patricios y plebeyos y las de los esclavos son conflictos entre dominadores y dominados, una apreciación simplista de la realidad, que los historiadores de formación marxista debieron corregir sin quebrar las premisas básicas de su fundador.

Ahora bien, para examinar la esclavitud es necesario describir la sociedad y el Estado romano (asumiendo que esta última es una noción controvertida cuando se aplica a la Antigüedad clásica),⁵¹⁴ en términos marxianos, aquella es una sociedad precapitalista. En cuanto a si eran Estados los estudios de los investigadores, Flammini, por ejemplo, sostiene que “el Estado constituye una modalidad *diferente* —y no una modalidad cualitativa o cuantitativamente más compleja de formas más simples— caracterizada por una radicalidad tal que produjo una profunda reestructuración de las relaciones sociales en todos los niveles de las sociedades donde emergió (...)”,⁵¹⁵ y agrega que

⁵¹⁴ En sentido estricto “el Estado tiene su origen en Europa (no en la Mesopotamia ni en Egipto) y en una fecha mucho más reciente. Se vincula a la aparición de monarquías fuertes en Francia, Inglaterra o España desde finales del siglo XV, y para algunos autores se asocia a la figura de Maquiavelo, pues fue él quien primero usó la palabra *stato* en un sentido moderno” en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, P. (2012). “La ciudad antigua no era un Estado”. En DELL’ELICINE, E., FRANCISCO, H.R. y MICELI, P. (coords.). *Pensar el Estado en las sociedades precapitalistas. Pertinencia, límites y condiciones del concepto de Estado*. Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento, p. 81.

⁵¹⁵ FLAMMINI, R. (2012). “Configuraciones sociopolíticas en una coyuntura de descentralidad estatal: el Segundo Período Intermedio en el antiguo Egipto (c. 1800-1530 a. C.)”. En DELL’ELICINE, E., FRANCISCO, H.R. y MICELI, P. (coords.). *Pensar el Estado en las sociedades precapitalistas. Pertinencia, límites y condiciones del concepto de Estado*. Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento, p. 22.

de hecho, cualquier simplificación sin un suficiente cotejo con las evidencias puede llegar a conformar una imagen idealizada de lo que un Estado antiguo pudo haber sido. Por el contrario, los Estados antiguos contenían fuerzas de diferente orden que interactuaban de modo permanente, como el aparato administrativo central y las comunidades locales; distintos grupos étnicos que poseían sus propios intereses; y corporaciones sociales de elites que eran *en parte* independientes de otras partes de la sociedad y solían competir por el poder de acuerdo con las reglas sociales aceptadas.⁵¹⁶

Segundo, según Flammini existe una competencia por el poder pero advierte que “el ejercicio del poder no siempre se imponía desde lo más alto de la escala social hacia abajo”.⁵¹⁷ ¿Esto se aplica al estado romano? De acuerdo a López Barja de Quiroga, “la mayoría de los autores considera que tanto la *polis* como la *res publica* son Estados en el sentido amplio del término”, y

la definición más clara es la que se debe a Cicerón, en su diálogo *Sobre la república* (1,39). La *res publica* o “cosa pública” “es la cosa del pueblo (*res publica, res populi*), y el pueblo no es toda reunión de hombres, congregados de cualquier manera, sino la reunión de una multitud, asociada por la armonía del derecho (*iuris consensu*) y por el interés común (*utilitas*).⁵¹⁸

Una definición que recuerda López Barja de Quiroga tuvo fortuna pues casi cinco siglos después la eligió San Agustín en la *Ciudad de Dios*. Pero en lo que nos interesa

la noción que Cicerón tiene de *res publica* es completamente “material”, en nada se parece a la noción abstracta de Estado (...) la *res publica*, en la

⁵¹⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 22-23.

⁵¹⁷ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 23.

⁵¹⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *op. cit.*, pp. 83-84.

concepción ciceroniana, no gobierna al pueblo, ni lo oprime ni lo somete, como podría decirse que lo hace un Estado moderno. La *res publica* es algo material y pasivo, el objeto de los derechos de propiedad colectivos del pueblo (esto no convierte a Cicerón en socialista, al contrario, Cicerón es el gran defensor de la propiedad privada). Esta perspectiva encuentra un reflejo exacto en el relato sobre la fundación de Roma que incluyó Cicerón en el libro II de la *República*.⁵¹⁹

Tercero, una noción que es clave en la Antigüedad clásica es la de ciudadanía, “y de hecho la ciudad, como hecho físico, como elemento geográfico, desempeña también un papel muy relevante. La historia de Roma o de Atenas es la historia de una ciudad concreta”. De ahí que López Barja de Quiroga proponga denominar a esta categoría como “comunidad ciudadana”, definida al modo aristotélico como “comunidad de ciudadanos en un régimen político”.⁵²⁰

Dentro de ese marco se inserta la esclavitud. Con respecto a la esclavitud, Marx y Engels opinan que

la primera forma de la propiedad es la propiedad de la tribu. Esta forma de propiedad corresponde a la fase incipiente de la producción en que un pueblo se nutre de la caza y la pesca, de la ganadería o, a lo sumo, de la agricultura. En este último caso, la propiedad tribal presupone la existencia de una gran masa de tierras sin cultivar. En esta fase, la división del trabajo se halla todavía muy poco desarrollada y no es más que la extensión de la división natural del trabajo existente en el seno de la familia. La organización social, en esta etapa, se reduce también, por tanto, a una ampliación de la organización familiar: a la cabeza de la tribu se hallan sus patriarcas, por debajo de ellos los miembros de la tribu y en el lugar más bajo de todos, los esclavos. La esclavitud latente en la familia va desarrollándose poco a poco

⁵¹⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *op. cit.*, p. 90.

⁵²⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *op. cit.*, p. 91.

al crecer la población y las necesidades, al extenderse el comercio exterior y al aumentar las guerras y el comercio de trueque.⁵²¹

Para Montoya Rubio,

la existencia de esclavos en las sociedades griega y romana constituye un fenómeno bien atestiguado por buena parte de las fuentes escritas que poseemos. Sin embargo, cuando queremos extraer datos más precisos sobre el origen histórico de la esclavitud, o sobre los contextos en los que experimentó un mayor desarrollo, el número de fuentes con que contamos se reduce significativamente. A la hora de enfrentarnos a este tipo de cuestiones, sobresalen los nombres de cuatro autores: Diodoro Sículo, Apiano, Plutarco y Ateneo. Uno de los aspectos más significativos del tratamiento de la esclavitud que hacen estos autores, es que los cuatro han coincidido en transmitir la existencia de una fisura histórica, entre un período histórico en el que la esclavitud-mercancía no existía, o tenía un papel poco destacado, y un segundo período en el que experimenta un gran desarrollo.⁵²²

⁵²¹ MARX, C. y ENGELS, F. (1974). *La Ideología Alemana Crítica de la novísima filosofía alemana en las personas de sus representantes Feuerbach, B. Bauer y Stirner y del socialismo alemán en las de sus diferentes profetas*. Pueblos Unidos: Montevideo-Barcelona, p. 21; “En La ideología alemana, Marx y Engels hicieron lo que se ha llamado su primer descubrimiento teórico fundamental: lograron aclarar, con respecto a sus posiciones anteriores, el concepto de que los individuos específicos que realizan una actividad productiva de una manera determinada entran en relaciones sociales y políticas necesarias” en MAZZA, M. (1981). “Marx sulla schiavitù antica. Note di lettura.” En CAPOGROSSI, L., GIARDINA, A. y SCHIAVONE, A. (eds.). *Analisi marxista e società antiche*. Roma: Editori Riuniti-Istituto Gramsci, p. 119.

⁵²² MONTOYA RUBIO, B. (2014). “La esclavitud como factor de corrupción en la historiografía de cultura helenística: *hybris, tryphé* y moral estoica.” En *Dialogues d'histoire ancienne*, Année, 40-2, p. 155.

Si consideramos el texto de Marx y Engels citado para quienes adhirieron a él, la esclavitud es más que un problema moral o una investigación sobre la Antigüedad, los esclavos y los libertos no ocuparon muchas páginas de la historiografía antes del siglo XX. Recién con los historiadores marxistas esto cambia y el estudio se dirige a describir las condiciones de vida de los esclavos, sobre todo a partir de los 50 cuando se manifestaron serios debates y una polarización entre los académicos producto de la posguerra, entre quienes enfatizaron las luchas y las tensiones entre amos y esclavos y quienes minimizaron las consecuencias del trato dado a los esclavos.⁵²³

Bajo este punto de vista, la esclavitud fue un dato elemental de la vida en el antiguo mundo mediterráneo. No estaba asociada a la raza ni a problemas morales en un sentido moderno. Pero sí a las condiciones del trabajo de aquellos que carecían de poder; ellos eran extraños a las comunidades y desprovistos de libertad y de derechos. Se iniciaba por la violencia y se mantenía por la coerción. Fue el resultado de la propensión innata de quienes buscaban dominar a otros, lo que la élite de los antiguos romanos denominaba el “deseo de dominar”.⁵²⁴ Todo esto es el resultado de no ser ciudadanos. En este marco, se introduce modernamente el estudio de la resistencia y de la rebelión de los esclavos que estos historiadores estiman se ha silenciado y que permite analizar la esclavitud en el Nuevo Mundo y en África.⁵²⁵ Esto explica también el interés de Marx por la Guerra de Secesión que mencionamos en el capítulo anterior. Y aunque, en palabras de Brent Shaw, algunos esclavos estuvieron en posición de poder, la gran mayoría no.⁵²⁶

⁵²³ MAGALHÃES DE OLIVEIRA, y COURRIER, *op. cit.*, 9.

⁵²⁴ BRADLEY, K. (2015). “The Bitter Chain of Slavery”. En *Dialogues d’histoire ancienne*, 41/1, pp. 149-150.

⁵²⁵ MAGALHÃES DE OLIVEIRA y COURRIER, *op. cit.*, p. 10.

⁵²⁶ SHAW, *op. cit.*, XIII.

La dificultad de esta relectura es que, como indican algunos investigadores, no se considera la discusión sobre la esclavitud que conlleva el estoicismo frente a los escritos de Aristóteles y Cicerón.⁵²⁷ Y luego con la difusión del cristianismo. Si bien es cierto, como observa Montoya Rubio, que la atención a la esclavitud por parte de los historiadores latinos es escasa, por ejemplo, en Tito Livio, las rebeliones de aquellos no merecen ninguna reflexión a diferencia de lo que muestra Diodoro, “debido a ello, las referencias de Tito Livio sobre la esclavitud han pasado desapercibidas para la mayor parte de los estudios modernos sobre la esclavitud, mientras que el relato de Diodoro constituye una fuente clave”.⁵²⁸ Esto revela la importancia de la historia desde abajo, la que muestra la esclavitud-mercancía que queda estigmatizada como consecuencia de la arrogancia y el lujo, ya que el aumento de las riquezas conduce al amor a la difusión de la esclavitud, un “*topos* historiográfico (...) a partir del cual se articula la conversación sobre la esclavitud de

⁵²⁷ “Son precisamente los intelectuales romanos más influidos por esta corriente filosófica (estoicismo), como Plinio el Viejo, Plinio el Joven y Séneca, los que nos transmitirán la mayoría de comentarios y reflexiones sobre la esclavitud. Cabe destacar también que durante este período empezaron a aparecer leyes destinadas a mejorar la situación de los esclavos” en MONTOYA RUBIO, *op. cit.*, p. 158.

⁵²⁸ MONTOYA RUBIO, *op. cit.*, p. 157; “Los esclavos que se ocupan del trabajo de las minas proporcionan a sus dueños una cantidad de ingresos increíble; pero ellos, bajo tierra en las galerías, consumen sus cuerpos día y noche, y muchos mueren a causa de los excesivos padecimientos; no tienen derecho al reposo ni a una pausa en el trabajo, sino que, obligados por los golpes de los vigilantes a soportar el rigor de sus males, entregan la vida de una manera desgraciada, aunque algunos, gracias a su vigor físico y a su fortaleza de ánimo, resisten más tiempo y prolongan su sufrimiento. Para ellos sin duda la muerte es preferible a la vida, a causa de la magnitud de este sufrimiento” en Dio. Sic, V, 38.

los sofistas de Ateneo (262b-275b), y juega un papel esencial en el discurso de Tiberio Graco descrito por Plutarco y Apiano”.⁵²⁹

El otro colectivo que también importa es la plebe. Nuevamente nos encontramos con una crítica a la historiografía tradicional, y por extensión, a los autores clásicos como Cicerón, quien desde esta mirada aparece como uno de los que construye la visión senatorial. En opinión de Duplá Ansuategui,

el estudio de los conflictos sociales es uno de los campos más interesantes de la investigación histórica. Como es lógico, son aquellos acontecimientos especialmente destacados y en particular las revoluciones, como culminación de procesos de enfrentamientos sociales (véanse la Revolución Francesa, la Revolución Rusa o la Revolución romana), los que han despertado un mayor interés en la comunidad historiográfica. Sin embargo, este campo es también uno de los que presenta mayores dificultades, ya no solo por problemas metodológicos habituales, como la mayor o menor disponibilidad de información, sino por los prejuicios presentes en la historiografía tradicional respecto al estudio de los grupos sociales distintos a las élites.⁵³⁰

En este sentido, este investigador sostiene que la reconsideración de la historia social colabora en la resignificación de la plebe, “considerada ya no solo como participante más o menos activa de una dinámica política, sino como grupo social autónomo, con sus propias características y rasgos”.⁵³¹ Eso conduce a indagar en “la tradición oral, el mundo de la representación y la musicalidad o las formas de expresión artística plebeyas”.⁵³² Luego, es necesario superar el discurso

⁵²⁹ MONTOYA RUBIO, *op. cit.*, p. 159.

⁵³⁰ DUPLÁ ANSUATEGUI, A. (2008). “Nota sobre los rostros de la plebe romana.” En *Veleia*, N° 24-25, Homenaje a Ignacio Barandiarán Maestu, p. 953.

⁵³¹ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 957.

⁵³² *Ibidem*.

dominante en Cicerón y de Tácito y tomar en cuenta autores como Suetonio, Plinio, Petronio, Juvenal u Ovidio, porque aportan información sobre cómo vivían y sobrevivían, cómo se divertían o trabajaban los habitantes de Roma no pertenecientes a la élite.⁵³³ Pero sobre todo importa tener en cuenta

las dificultades de una definición precisa de la *plebs* y de una cultura de la plebe vienen dadas por su propia heterogeneidad. La plebe como tal grupo social, es decir como los habitantes de Roma no pertenecientes a los *ordines* superiores, encierra una gran variedad de estatutos, situaciones sociales, lugares de residencia, vestimenta, lenguajes o acentos.⁵³⁴

En opinión de García Mac Gaw,

la aprobación de las leyes valerio-horacias a mediados del siglo V demuestra que el establecimiento de la República no significó una mejora económica sustancial para los sectores plebeyos, o por lo menos para una gran parte de ellos, como así tampoco para buena parte de los grupos sociales pertenecientes a los estratos más bajos que presionaron tanto por el acceso a la tierra como por el establecimiento de controles políticos para el ejercicio de las magistraturas por parte de los sectores poderosos.⁵³⁵

Por consiguiente, para examinar esto se necesita “un modelo para una historia social de la ciudad, caracterizado por la movilidad de los individuos y la fluidez y mutabilidad de los grupos sociales, un modelo que presupone una nueva visión de la propia ciudad de Roma”, dice Duplá Ansuategui.⁵³⁶

⁵³³ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 958.

⁵³⁴ *Ibidem*.

⁵³⁵ GARCÍA MAC GAW, C. (2008). “La deuda y las clases sociales en la primitiva república romana.” En *Circe*, N° 12, p. 253.

⁵³⁶ DUPLÁ ANSUATEGUI, *op. cit.*, p. 958.

No obstante, este criterio según Ijalba Pérez no satisface la tarea del historiador:

¿Cuál sería el objeto de estudio de una historia desde abajo para la historia de la Roma antigua? Ello implicaría definir el sujeto concreto de este tipo de historia, y esto es un problema fundamental en la concepción de la sociedad romana. Implica establecer si estas masas populares están formadas únicamente por la plebe romana, en cuanto ciudadanos libres pero situados en el último peldaño de la pirámide social, o también incluyen a esclavos y libertos. Estos dos últimos grupos sociales han sido profusamente estudiados por parte de la historiografía antigua en comparación con la plebe.⁵³⁷

Por consiguiente, una relectura de la historia desde abajo no modifica ciertamente lo conocido sobre la plebe o los esclavos por la historiografía tradicional o clásica, ni tampoco los estudios de estas últimas décadas,⁵³⁸ salvo que se quiera construir una nueva narración de los hechos del pasado incorporando problemas y cuestiones modernas. Si se hace esto entonces estamos hablando de otra cosa, pero no de la historia romana real.

III. Sobre el imperialismo romano

Quizás el mejor texto para entender el denominado imperialismo romano, y que es, al mismo tiempo, un parteaguas, sean las *Res Gestae Divi Augusti*,⁵³⁹ un texto que no es un trabajo improvisado de la

⁵³⁷ IJALBA PÉREZ, *op. cit.*, p. 248.

⁵³⁸ Por ejemplo, el clásico trabajo de BRUNT, P. A. (1973). *Conflictos sociales en la República Romana*. Buenos Aires: Eudeba.

⁵³⁹ AUGUSTO (2010). *Hechos*. Introducción, traducción y notas Nicolás Gelormini.

extrema vejez de Augusto, sino una obra pensada de su madurez, la obra más romana en el sentido urbano de la palabra.⁵⁴⁰ Sobre todo porque si bien delinea el retrato ideal del autor, también no deja ninguna recomendación a la posteridad. El verdadero testamento político es aquel donde indica a Tiberio el consejo de no agrandar el imperio y de no convocar a los comicios.⁵⁴¹ Es un documento que merece ser examinado detenidamente pues describe que lo que posteriormente se llamará imperialismo romano no se condice con lo que se pensaba que era la tarea de Roma. “El pueblo romano es entonces el primero que desplegó su poder –*imperium*. Sobre la totalidad de los pueblos organizados junto a él y que, valido de su éxito, reivindicó como una misión providencial el derecho a mandar sobre los demás”.⁵⁴²

Si por un lado, como expone Fernández Ubiña, “una gran mayoría de ilustrados y eruditos de los siglos XVIII y XIX, época en la que se escribieron tantas obras de referencia sobre historia de Roma (...) el Imperio romano significó, ante todo, el triunfo de la libertad, con la que ellos mismos se identificaban, frente a la opresión feudal que había dominado la larga noche del Medioevo”,⁵⁴³ por otro, la historiografía anglosajona “apenas ha podido escapar en estos dos últimos siglos del sólido y atractivo legado gibboniano, cuyos principios fundamentales ha desarrollado con singular maestría”, siendo su mejor testimonio el estudio de Syme sobre las élites provinciales “cuya pronta y plena asimilación con las clases

Buenos Aires: Losada.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, op. cit., p. 23.

⁵⁴¹ *Ibidem*, op. cit., p. 25.

⁵⁴² CARCOPINO, J. (1968). *Las etapas del imperialismo romano*. Buenos Aires: Paidós, p. 12.

⁵⁴³ FERNÁNDEZ UBÍÑA, J. (2006). *El Imperio romano como sistema de dominación*. En *Polis. Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad clásica*, Nº 18, p. 75.

dirigentes romanas sería la mejor prueba del carácter abierto e integrador del Imperio”.⁵⁴⁴

No obstante, también como en el caso de los esclavos y la plebe, no falta una historiografía que expone “lo opresivo que ésta resultó para otros muchos” y la necesidad de examinar todo no desde los ojos de la élite.⁵⁴⁵ Tal vez, como sugiere Fernández Ubiña,

en esta naturaleza polivalente reside probablemente el secreto de su larga existencia (cerca de 700 años en Occidente y casi mil más en Oriente), así como de los odios y adhesiones que acabamos de ver entre sus propios súbditos. No menos sorprendente es su extraordinaria extensión territorial, impensable incluso para los parámetros de la actual Europa, que difícilmente podría imaginarse como una entidad política que se extendiera desde Gibraltar hasta el Eufrates y de Mauritania a Inglaterra y Alemania (unos tres millones de kilómetros), integrando además culturas extremadamente diversas, desde las atrasadas tribus cántabras a las milenarias civilizaciones de Mesopotamia y Egipto, por no mencionar a la Grecia clásica y sus dispersos herederos helenísticos. Si ya es difícil entender cómo se logró mantener unidos tan largo tiempo a cerca de ochenta millones de habitantes de procedencias tan dispares y proteger una frontera de diez mil km aproximadamente, más difícil resulta al cabo comprender el atractivo que este Imperio ejerció sobre sus vecinos y sobre gran parte de los pueblos dominados.⁵⁴⁶

Esto se destaca en un hecho relevante

⁵⁴⁴ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 76.

⁵⁴⁵ “Dicen que un sibarita acomodado, oyendo decir a algunos que un hombre se había herniado al ver a unos obreros trabajando, exhortó al que lo contaba a que no se maravillara por ello: ‘Porque yo, –dijo– al oír lo sucedido, he notado una punzada en el costado’ en Dio. Sic. VIII, 18.

⁵⁴⁶ FERNÁNDEZ UBIÑA, *op. cit.*, pp. 83-84.

cuando Roma cayó al fin en su parte occidental y se fragmentó en múltiples Estados romano-germánicos, éstos prefirieron considerarse a sí mismos continuadores del Imperio, cofundadores incluso del mismo, antes que sus enemigos y destructores, lo que explica la singular paradoja de que, aun entrada la Edad Media, apenas nadie en Occidente se hubiera percatado de que el Imperio romano había desaparecido, y que, por ende, el año 476, que supuestamente marcaba su final, fuese para los germanos una fecha irrelevante.⁵⁴⁷

Así se sostiene que si se puede hablar de que los romanos tenían “una suerte de derecho histórico a la hegemonía, fundada sobre todo en su capacidad real de ejercerla, los vencidos estaban legítimamente sometidos a esa dominación, porque su derrota no era más que la traducción de su propia incapacidad para asegurar su destino histórico”.⁵⁴⁸ Sin embargo, esto no oculta el hecho de que “la dominación imperial romana se guió en todo momento por principios fuertemente clasistas, que también explican su aparente arbitrariedad”,⁵⁴⁹ lo que lleva decir a Brunt que “la expansión de Roma profundizó el abismo entre las clases. La nueva riqueza se prodigó en parte en el consumo suntuario, en parte se invirtió en tierras italianas compradas a los pobres mediante pago o por la ejecución de hipotecas o por la mera violencia, y por fin, en esclavos”.⁵⁵⁰

La pregunta es si esto es lo que entiende el marxismo cuyo texto canónico es Lenin. Aquí conviene hacer una aclaración. Marx ya había observado en *Contribución a la Crítica de la Economía Política*

⁵⁴⁷ *Ibidem*, op. cit., p. 84.

⁵⁴⁸ FRÉZOULS, E. (1983). “Sur l’historiographie de l’impérialisme romain”. En *Ktèma: civilisations de l’Orient, de la Grèce et de Rome antiques*, N°8, p. 143.

⁵⁴⁹ FERNÁNDEZ UBIÑA, op. cit., p. 84.

⁵⁵⁰ BRUNT, op. cit., p. 35. Una interpretación que para algunos autores se acerca a lo que propusieron los historiadores británicos de formación marxista.

que “en Grecia y Roma el atesoramiento público se convierte en una política, por ser la forma siempre asegurada y precisa de los excedentes. El rápido traslado de esta clase de tesoros de un país al otro por parte de conquistadores, y su efusión, en parte imprevista, a la circulación, constituye una peculiaridad de la economía antigua.⁵⁵¹ Y agrega que “la gran revolución social que provocó la caída del valor de los metales preciosos en Europa es un hecho tan conocido como la revolución inversa provocada en una época temprana de la antigua república romana por el aumento del valor del cobre, metal en el cual se hallaban contraídas las deudas de los plebeyos”.⁵⁵²

De esto dice que es un ejemplo

la explotación de las minas españolas de plata por parte de Cartago y luego por parte de Roma tuvo, en la Antigüedad, aproximadamente el mismo efecto que el descubrimiento de las minas americanas en la Europa moderna. Para la época del Imperio romano puede tomarse la de 15 o 16 a 1 como proporción media aproximada, aunque a menudo encontraremos una depreciación aún mayor de la plata en Roma.⁵⁵³

Esto demuestra que si bien el texto de Lenin se considera la obra por excelencia sobre el imperialismo, Marx ya se había ocupado del tema. Esto no resta importancia del trabajo de Lenin pero ayuda a ubicarlo correctamente. Ahora bien, yendo a lo escrito por éste:

El imperialismo surgió como desarrollo y continuación directa de las características fundamentales del capitalismo en general. Pero el capitalismo

⁵⁵¹ MARX, K. (2008). *Contribución a la Crítica de la Economía Política*. Introducción por Maurice Dobb. Edición, advertencia y notas a cargo de Jorge Tula. México: Siglo XXI, p. 116.

⁵⁵² *Ibidem*, *op. cit.*, p. 139.

⁵⁵³ MARX, *op. cit.*, p. 148.

solamente se convirtió en imperialismo capitalista cuando su desarrollo alcanzó un grado muy alto, cuando algunos de los rasgos fundamentales del capitalismo comenzaron a convertirse en sus contrarios, cuando tomaron cuerpo y se manifestaron en todos los rasgos de la época de transición del capitalismo a un sistema económico y social más elevado.⁵⁵⁴

Con relación a esto Banfi sostiene que

la definición dada por Lenin del imperialismo está basada, como es sabido, y desde una consideración *estrictamente económica*, sobre lo que él denominaba los *cinco rasgos fundamentales*: 1) la concentración de la producción del capital llevada hasta un grado tan elevado de desarrollo que ha creado los monopolios, los cuales desempeñan un papel decisivo en la vida económica; 2) la fusión del capital bancario con el industrial y la creación, sobre la base de este “capital financiero”, de la oligarquía financiera; 3) la exportación de capitales, a diferencia de la exportación de mercancías, adquiere una importancia particularmente grande; 4) la formación de asociaciones internacionales monopolistas de capitalistas, las cuales se reparten el mundo, y 5) la terminación del reparto territorial del mundo entre las potencias capitalistas más importantes.⁵⁵⁵

En este punto interesa la perspectiva de quien no fue un romanista pero sí la de quien fue uno de los grandes sociólogos, Aron, quien señala que

el leninismo, como teoría del imperialismo, se prolonga hoy no como una

⁵⁵⁴ LENIN, V. I. (1974). *El Imperialismo, Fase Superior del Capitalismo (Esbozo Popular)*. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 108.

⁵⁵⁵ BANFI, R. (2021). “A Propósito de *El Imperialismo* de Lenin”. En SANTI, P., VALIER, J., BANFI, R. y ALAVI H. *Teoría Marxista del Imperialismo*. Buenos Aires: El Sudamericano, p. 66.

teoría aceptada por los sociólogos o por los especialistas de las relaciones internacionales, sino simplemente como una pregunta. Pregunta que forma parte de la naturaleza de las relaciones económicas entre países desarrollados y subdesarrollados. ¿En qué circunstancias los países explotan a los otros? ¿Y esas relaciones desiguales entre las economías podrán determinar conflictos internacionales? Por lo demás, ni en Estados Unidos, ni en Gran Bretaña, ni en Alemania o Francia, los sociólogos se interesan mucho por este marxismo simplificado tal como ha sido resumido por Stalin en la *Historia del Partido Comunista en la Unión Soviética*.⁵⁵⁶

Para Carcopino, el imperialismo romano ya había nacido en los últimos años de la guerra contra Aníbal y en cabeza de Escipión el Africano. Así, en

el último siglo de la república romana transcurrió en la búsqueda de la forma de monarquía en la cual estaba destinada, tarde o temprano, a disolverse: monarquía tribunicia con los Gracos, consular con Mario y Cinna, dictatorial con Pompeyo. Correspondió a César encontrar la fórmula teocrática y real, que al consumir la ruina de la oligarquía renovó el imperio y el imperialismo de Roma.⁵⁵⁷

Como nota Brunt, “la expansión romana fue, por supuesto, el resultado de guerras sostenidas contra el extranjero, que no cesaron siquiera en medio de la grave lucha interna que comenzó en el 133”.⁵⁵⁸ En opinión de este historiador, dicha expansión distorsiona el funcionamiento de las instituciones políticas, transforma la economía de Italia y contribuye primero a resolver y después a exacerbar el conflicto social.⁵⁵⁹

⁵⁵⁶ ARON, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁵⁷ BRUNT, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁵⁸ BRUNT, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁵⁹ *Ibidem*.

En suma, la visión completa no idealizada del Imperio romano no es patrimonio de quienes siguen la “historia desde abajo”, porque ya los historiadores no marxistas lo habían resaltado.

IV. Conclusión

En la tarea de hacer un balance –por cierto, breve– importa citar a Canfora, para quien el deber esencial de toda investigación es el de progresar en la comprensión de las articulaciones de las sociedades antiguas alrededor del eje esclavitud-ciudad, pero frecuentemente la investigación marxista se quedó allí donde debía haber comenzado.⁵⁶⁰

Estimo que han sido conscientes de sus limitaciones y, por eso, forzaron los textos marxistas. De todas maneras, esto no impidió que echasen luz sobre ciertos aspectos que una parte de la historiografía tradicional había minimizado, tales como la movilidad social y el rol de las élites. Pero junto a esto corresponde reconocer que la adhesión al canon marxista distorsiona la aproximación al mundo clásico. Y sus mejores análisis no aportan más de lo que se conoce por la historiografía tradicional. Sin embargo, a pesar de ello, conviene repasar su línea de trabajo pues no deja de ser un acicate para mejorar y afinar nuestro conocimiento de la historia romana.

⁵⁶⁰ CANFORA, *op. cit.*, p. 435.

Principio de la personalidad diferenciada de las personas jurídicas⁵⁶¹

Por Gabriela Victoria Morel⁵⁶²

I. Introducción

En esta presentación analizaremos los antecedentes romanísticos de uno de los principios que conforman el reconocimiento de las

⁵⁶¹ La presente ponencia se enmarca en el proyecto de investigación “Una mirada romanista a las reglas y principios en el Código Civil y Comercial de la Nación. Primera parte” dirigido por la Dra. Álvarez, donde nos encontramos en la búsqueda de los antecedentes romanísticos de las reglas y principios contenidos en nuestro actual Código.

⁵⁶² Abogada. Especialista y Maestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora Adjunta de Derecho Romano y Jefa de Trabajos Prácticos de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Investigadora externa de UFLO Universidad. Secretaria de Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Contacto: gabrielamorel@derecho.uba.ar.

personas jurídicas como sujetos de derechos, esto es, el principio de la personalidad diferenciada.

II. Recepción del principio en nuestra legislación

En la actualidad, bajo el término *sujeto de derecho* incluimos a las personas humanas sin distinción ni categorías y también a las personas jurídicas, es decir, asociaciones, entes, fundaciones y al propio Estado.

Deteniéndonos en las personas jurídicas, podemos definir las como “la vestimenta jurídica’ con la cual grupos humanos o establecimientos se presentan en la vida del derecho; constituyen una realidad ‘en y para el mundo jurídico’. Se encuentran conformadas por seres humanos, valores y normas jurídicas”.⁵⁶³

En esta línea, también se ha sostenido que

si bien desde el punto de vista biológico y metafísico, persona significa ser humano, desde el punto de vista jurídico designa simplemente a todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones; por consiguiente, la circunstancia de que el derecho objetivo atribuye a algo o a alguien esa capacidad, convierte a ese ente en persona.

En este sentido, la persona jurídica es “aquella a la cual el ordenamiento jurídico le reconoce aptitud para ser titular de relaciones jurídicas”.⁵⁶⁴

⁵⁶³ CROVI, D. (2014). “Artículos. 141 a 224”. En LORENZETTI, R. (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 575.

⁵⁶⁴ BORDA, G. J. (2019). *Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires: La Ley, p. 10; “La persona jurídica, [...], ni se la ve ni se la toca; se nos presenta con los signos

Uno de los principales elementos que conforman el reconocimiento de las personas jurídicas como sujetos de derechos separados de las personas humanas es el principio de la personalidad diferenciada.

Este principio se encuentra contenido en el artículo 143 del Código Civil y Comercial, el cual establece que “los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial”.

Como antecedente del artículo citado encontramos el Código Civil de Vélez Sarsfield, el cual reconoció este principio en el artículo 39, al establecer:

Las corporaciones, asociaciones, etcétera, serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación, no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, o mancomunado con ella.

Este principio cristaliza la independencia entre la persona jurídica y las personas humanas que la integran, como así también que las relaciones o situaciones jurídicas protagonizadas por la persona jurídica, en principio, les serán atribuibles a ésta de manera exclusiva.⁵⁶⁵ Es decir, quien contrata con esta entidad lo hace con un sujeto de

de una entequeia jurídica” en DE CASTRO y BRAVO, F. (1984) *La persona jurídica*. Madrid: Civitas, p. 261, citado en CROVI, *op. cit.*, p. 574.

⁵⁶⁵ Conforme ha expresado la doctrina, esta nota distintiva de la persona jurídica receptada en el artículo 143 del CCyC no resulta obstaculizada por la circunstancia de que existan personas jurídicas carentes de miembros (fundaciones) y otras que sean unipersonales (sociedades anónimas unipersonales). Ver ALTERINI, J. H. (dir.) (2014). *Código Civil y Comercial comentado*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, p. 36.

derecho enteramente diferenciado de quienes la integran. Por ello, “las relaciones o situaciones jurídicas que constituyan, modifiquen o extingan los administradores de la persona jurídica en su nombre, les serán atribuibles a esta última”.⁵⁶⁶

En consecuencia de lo anterior, la persona jurídica posee un patrimonio propio. Es decir, podrá realizar distintos tipos de transacciones y llevar adelante relaciones jurídicas variadas con terceros. A su vez, conlleva el deber de responder por los actos desarrollados por la propia entidad en el marco de la capacidad de ejercicio delimitada por el objeto y fin de su creación.

En relación a esta cuestión, para determinar el modo en que se expresa la voluntad y actividad o inactividad de las personas de existencia ideal, tanto privadas como públicas, prima hoy en día la aplicación y utilización de la ficción jurídica denominada “teoría del órgano”, donde “el órgano es la persona humana o agrupación de ellas, a la cual el ordenamiento jurídico le confiere cierta competencia funcional, para que dentro de sus límites manifieste la voluntad de la persona jurídica, en orden a su finalidad”.⁵⁶⁷

En función de este razonamiento, la responsabilidad y obligaciones generadas por la persona jurídica, en principio, no implican el deber de responder por parte de quienes la componen, salvo norma en contrario (conforme artículo 143, segunda parte, del Código Civil y Comercial de la Nación).

Esta regla presenta como excepción la circunstancia donde la persona jurídica es usada para obtener una finalidad distinta de aquella para la cual ha sido creada, provocando de este modo perjuicios a terceros.

En esta línea, el artículo 144 del Código Civil y Comercial de la

⁵⁶⁶ *Ibidem*.

⁵⁶⁷ ALTERINI, I. E. (2012) “Órgano de ejecución de la voluntad societaria. Exorbitancia del objeto social”. En *La Ley*, 12-9-2012, citado en CROVI, *op. cit.*, p. 576.

Nación expresa lo siguiente:

La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.

Conforme se ha expresado la doctrina, la desestimación de la personalidad debe quedar limitada a tres casos: 1) Fraude a la ley por medio de la persona jurídica; 2) Fraude y lesión del contrato; y 3) Casos de daños con fraude o deslealtad a terceros. En Estados Unidos se utiliza la llamada teoría del *disregard of legal entity* (desestimación de la forma legal),⁵⁶⁸ también llamado corrimiento del velo o inoponibilidad de la persona jurídica, legislada de modo concordante en el artículo 54 de la Ley General de Sociedades.⁵⁶⁹

Hasta aquí las notas distintivas que se desprenden del principio de la personalidad diferenciada de las personas jurídicas.

⁵⁶⁸ CROVI, op. cit., p. 581.

⁵⁶⁹ Artículo 54 de la Ley 19.550: "(...) Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados".

III. Sujeto de derecho en Roma

A diferencia de nuestra legislación actual, donde la sola circunstancia de ser una persona humana significa que somos sujetos de derechos, en Roma para adquirir esta condición debían cumplirse una serie de requisitos resumidos en los estatus *libertatis*, *familiae* y *civitatis*. En este sentido, como bien afirma Arangio Ruiz, “el nacimiento de un ser humano, que por derecho moderno es suficiente para que se le tenga como sujeto de derecho, no basta al mismo efecto para el derecho romano (...). Además de la libertad, la ciudadanía es, originariamente, condición para ser sujeto de derecho”.⁵⁷⁰

En esta línea, encontramos en las *Institutas* de Justiniano que “la principal división del derecho de las personas es ésta: que todos los hombres son o libres o esclavos”.⁵⁷¹ En efecto, si bien el ser humano era llamado *homo*, no todos eran titulares de derecho, quedando los esclavos en una situación jurídica asimilable a las cosas.⁵⁷²

IV. Antecedentes romanísticos del principio de la personalidad diferenciada de las personas jurídicas

En relación a la persona jurídica, la posición mayoritaria sostiene que los romanos no han efectuado un desarrollo sobre esta cuestión.

⁵⁷⁰ ARANGIO RUIZ, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, pp. 55-59.

⁵⁷¹ I. 1, 3, pr.: “La principal división del derecho de las personas es esta: que todos los hombres son o libres o esclavos”. Ver GARCIA DEL CORRAL, I. (1988). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Valladolid: Lex Nova, p. 8.

⁵⁷² RINALDI, N. (2017). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. Buenos Aires: Edictum, p. 208.

El aporte ha sido “de manera embrionaria, casuística y con evidente fallas de sistema”.⁵⁷³

Sin embargo, el desarrollo efectuado nos permite encontrar los elementos que marcan el reconocimiento de este tipo de entes jurídicos que más tarde permitirá en base a los antecedentes romanísticos un desarrollo teórico posterior a partir del siglo diecinueve.⁵⁷⁴

En primer lugar, es posible afirmar, como bien lo señala Vélez Sarsfield en la nota al Título I del Código Civil, denominado “De las Personas Jurídicas”, ubicado en la sección primera “De las personas en general”, del Libro Primero “De las personas”, que los romanos no tuvieron ningún término genérico aplicable a todas las personas jurídicas.⁵⁷⁵

⁵⁷³ PALMERO, J. C. (2011). “La persona jurídica en el derecho argentino.” En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año 3, Nº 8, pp. 561 y ss.

⁵⁷⁴ La idea de que tales formas de organización pueden ser titulares de derechos independientes y separados de sus miembros, junto con la teoría de la capacidad jurídica, en lo esencial fue desarrollada tan solo por la ciencia jurídica del siglo diecinueve a partir de principios antiguos. Ver KASER, M., KNUTEL, R. y LOHSSE, S. (2022). *Derecho Privado Romano*. Traducción de Patricio Lazo González y Francisco Andrés Santos. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, p. 215. En este mismo sentido, el Dr. Di Pietro ha afirmado: “No se alcanzó una construcción jurídica clara acerca de la personalidad jurídica [en Roma]”. Ver DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 98.

⁵⁷⁵ En el Código Civil, Vélez Sarsfield, nuestro codificador, sostuvo: “Los romanos no tuvieron ningún término genérico aplicable a todas las personas jurídicas. Para designarlas en general decían que ellas representaban una persona (...).” Nota al Título I denominado “De las Personas Jurídicas”, ubicado en la sección primera “De las personas en general”, del Libro Primero “De las personas.” Como sustento de dicha afirmación, Vélez hace referencia a las citas: D. 46, 1, 22 (“porque la herencia hace las veces de persona, así como el municipio, la decuria y la sociedad”) y D. 37, 4, 2.

En línea con lo esbozado por el codificador, encontramos referencias a los colegios, corporaciones, municipios, colonias y al *populus romanus*. En estas referencias es posible observar que las reglas dictadas para cada uno de estos entes o categorías de entes resultan coincidentes en varios puntos.

En efecto, deteniéndonos en las fuentes encontramos que en D. 3, 4, 1, pr., Gayo nos indica que los romanos hablaban de sociedades, colegios y corporaciones, las cuales para funcionar requerían contar con una autorización que era concedida de manera muy restringida.

En línea con lo anterior, se le reconoce a las corporaciones la posibilidad de tener un representante que actúe en su nombre y la posibilidad de estar en juicio tanto como parte actora como demandada. Esto lo vemos en D. 3, 4, 2 y D. 50, 12, 8.⁵⁷⁶

Asimismo, la capacidad para actuar de estas asociaciones o corporaciones estaba determinada por su objeto, el cual era fijado mediante un acto constitutivo o pacto entre los miembros y no podía ser contrario a la ley pública, conforme surge de las fuentes (D. 47, 22, 4).⁵⁷⁷

Estas agrupaciones de personas son reconocidas como una unidad, con capacidad o voluntad colectiva diferenciada a la de sus miembros. De lo cual se deriva también la separación de patrimonios. Ello

⁵⁷⁶ D. 3, 4, 2. Ulpiano: “Si los individuos de un municipio o alguna corporación, nombrasen representante para ejercitar una acción, no se habrá de decir que sea considerado lo mismo que nombrado por muchas personas; porque éste interviene por la República o la corporación, no por cada uno en particular”; D. 50, 12, 8: “(...) constituidos agentes, que legítimamente puedan ejercitar acción por la ciudad, podrán recurrir en nombre público contra él a los jueces; los cuales conocerán de ello tan pronto como pudieren.”

⁵⁷⁷ En D. 47, 22, 4, Gayo comenta: “Son compañeros los que son de un mismo colegio (...). Pero a éstos les da la ley facultad de hacer para sí el pacto que quieran, con tal que no infrinjan disposición alguna de la ley pública.”

surge del Digesto, donde Ulpiano señala: “Si algo se debiera a una corporación, no se debe a cada uno de sus individuos, ni lo que debe la corporación lo adeuda cada uno de ellos”,⁵⁷⁸

En este pasaje podemos encontrar de manera clara el antecedente del principio de la personalidad diferenciada de la persona jurídica, donde se subraya la distinción entre el ente y las personas físicas que lo componen al señalar que incluso si los miembros de la asociación varían, esta última continuaba subsistiendo con su propia individualidad aunque las personas que lo conformaban se redujeran a una sola.⁵⁷⁹

V. Conclusión

En función del recorrido realizado vemos que, si bien no fue nombrado en estos términos, los rasgos generales que configuran lo que nosotros hoy llamamos el principio de la personalidad diferenciada de las personas jurídicas y las bases que permitieron la configuración de la teoría de las personas de existencia ideal, ya estaba presente en las fuentes romanas.

Circunstancia que evidencia que los romanos, más allá de cómo lo nominaron, comprendieron la necesidad de que para alcanzar nuestros objetivos y fines es necesario desarrollar una actividad asociada, colectiva, en relación y colaboración con otros, para lo cual

⁵⁷⁸ D. 3, 4, 7, 1.

⁵⁷⁹ D. 3, 4, 7, 2. Ulpiano: “(...) nada importa o que permanezcan todos los mismos, o que subsista parte, o que todos se hayan cambiado. Pero si la corporación se redujo a uno solo, es lo más admitido que puede éste demandar y ser demandado, puesto que el derecho de todos haya recaído en uno solo, y subsista el nombre de la corporación”.

las personas jurídicas se han presentado y se presentan en la actualidad como un instrumento de gran utilidad para ello.

El proceso de recepción de la *specificatio* romana⁵⁸⁰

Por Henar Murillo Villar⁵⁸¹ y Alfonso Murillo Villar⁵⁸²

Resumen

Los juristas romanos nunca definieron qué debía entenderse por *specificatio*, ni tan siquiera elaboraron un concepto abstracto. Sin embargo, se trata de una de esas figuras jurídicas cuya existencia se respeta, y que a través de las diferentes legislaciones ha llegado hasta la actualidad, pero, como se demuestra en este trabajo, su regulación difiere de modo importante de la que fue la originariamente romana.

Palabras clave: accesión; *specificatio*; escuelas proculeyana y sabianiana

⁵⁸⁰ Los apartados II, II. 1, II. 2, II. 3, III y V han sido realizados por Henar Murillo Villar. El apartado IV ha sido realizado por Alfonso Murillo Villar, y por ambos autores, los apartados I, VI y VII.

⁵⁸¹ Abogada. Profesora Asociada de Derecho Romano en la Universidad de Burgos. ORCID: 0000-0001-8196-8395.

⁵⁸² Catedrático de Derecho Romano en la Universidad de Burgos. Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM). ORCID: 0000-0003-2571-6550.

Abstract

Roman jurists never defined what had to be understood by specificatio, nor did they even construe an abstract concept. However, it is one of those legal concepts whose continuance is respected, and that has been passed down to us today through different legislative texts, though as is demonstrated in this study, its regulation differs to a significant extent from what was originally Roman.

Keywords: *accession; specificatio; Proculian and Sabinian schools*

I. Introducción

Coincide la doctrina en definir la especificación como la creación de una cosa nueva mediante la transformación por medio del trabajo humano de una materia ajena, bien realizando un cambio en su composición química, bien modificando su estructura física,⁵⁸³

⁵⁸³ Entre otros, con importante aparato bibliográfico, ver FERRINI, C. (1889). "Appunti sulla dottrina della specificazione" En *BIDR* Vol. 2, N° 0, pp. 182 y ss; VOGLI, P. (1952). *Modi di acquisto della proprietà (Corso di diritto romano)*. Milán: Giuffrè, p. 239; BALZARINI, M. (1982). "s. v. Specificazione. Diritto romano" En *Nov. Dig. Ital.* XVII, pp. 1084 y ss; IMPALLOMENE, G. (1990). «s. v. Specificazione (dir. rom.)» En *Enciclopedia del Diritto* XLIII. Milán: Giuffrè, pp. 267 y ss; WEISS, E. (1991). "s. v. Specificatio" En *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, III A-2, Stuttgart: J. B. Metzlersche, p. 1551; BETTI, E. (1942). *Istituzioni di diritto romano*, Vol. I, 2ª edición. Padova: CEDAM, pp. 405-406; OURLIAC, P. y DE MALAFOSSE, J. (1963). *Derecho romano y francés histórico. Tomo II. Los bienes*. Barcelona: Bosch, p. 509; GUARINO, A. (1997). *Diritto privato romano*. 11ª edición. Nápoles: Jovene, pp. 670 y ss; TORRENT, A. (2005). "s. v. specificatio" En

caracterizándose, además, por su diferente función económico-social.⁵⁸⁴ En definitiva, se trata de la realización de un producto nuevo (*nova species*) por una persona que no es propietaria de la materia transformada, mediante su trabajo.

Sin duda, estamos ante un caso especial de adquisición de la propiedad, cuyo nombre fue dado por los glosadores,⁵⁸⁵ ya que no aparece como tal en las fuentes romanas, en las que, sin embargo, encontramos para su definición la perífrasis “*speciem facere ex aliena materia*”.⁵⁸⁶ De todos modos, la propia noción legal de especificación sufrió una clara evolución en el derecho romano, habiendo pasado por tres fases: la primera, hasta el siglo I a. C., en la que los juristas estaban bajo la influencia del procedimiento de la *legis actio per vindicationem*; la segunda, durante los siglos I y II d. C., que se desarrolló bajo la división de los juristas en dos escuelas (sabinianos y proculeyanos); y la tercera, que tuvo lugar entre finales del siglo II y principios del siglo III d. C., en la que los juristas se esforzaron por conciliar sus opiniones y surgió la *media sententia*.⁵⁸⁷

El nombre etimológico de especificación proviene de *species* y *fac-*

Diccionario de derecho romano. Madrid: Edisofer, pp. 1235 y ss; KASER, M. (2022). *Derecho privado romano*. Madrid: BOE, pp. 291 y ss.

⁵⁸⁴ AYMERICH RENTERÍA, R. (1987). “La especificación en el Código Civil”. En *Anuario de derecho civil*, Vol. 40, Nº 4, p. 1149.

⁵⁸⁵ CALONGE, A. (1968). “Breve exégesis en materia de especificación”. En *Studi in onore di G. Grosso*. Vol. II. Torino: Giappichelli, p. 196, nt. 2; AYMERICH RENTERÍA, *op. cit.*, p. 1150; PETIT, E. (2001). *Tratado elemental de Derecho romano*. 17ª edición. México: Porrúa, pp. 257 y ss; LÓPEZ-RENDO, M. C. (2021). “La *tabula picta* y su recepción en el derecho español”. En *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo V. Derechos reales*. Madrid: BOE, pp. 441 y ss.

⁵⁸⁶ D. 41. 1. 7. 7 (*Gai. 2 rer. cott.*).

⁵⁸⁷ PLESCIA, J. (1973). “The Case of Specification in Roman Law”. En *IVRA XXIV*, pp. 220 y ss.

ta (novam speciem facere), specificatio: hacer algo nuevo con materia ajena. Los ejemplos habituales, especialmente utilizados con sentido pedagógico, son: la transformación de uvas en vino; aceitunas en aceite; leña en carbón; espigas, granos de trigo o cebada, en harina; lana en un vestido; un bloque de mármol en una estatua; el *mulsum* o bebida que surge de mezclar vino y miel; oro, plata, bronce u otros metales en copas, vasos, joyas; hacer un emplasto o un colirio con medicamentos ajenos; fabricar una nave, o un armario, o un banco con tablas ajenas. En fin, un elenco de casos de los cuales nuestra actual legislación prescinde, y que, sin embargo, en derecho romano sirvió para omitir una regulación de carácter general y abstracta, dando preeminencia al casuismo.⁵⁸⁸

El instituto jurídico de la especificación, que surgió en Roma, ha llegado hasta la actualidad. Su regulación en los vigentes cuerpos normativos que nos ocupan consta tanto en el Código Civil español, artículo 383, como en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, artículo 1957. Curiosamente, mientras que otras instituciones jurídicas han tenido su plasmación normativa en diferentes cuerpos legales de derecho intermedio, como el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá, las Leyes de Toro, la Nueva y la Novísima Recopilación, la especificación solamente aparece regulada de manera independiente y en exclusiva en las Partidas de Alfonso X el Sabio: P. 3, título 28, ley 33.

Pues bien, la literalidad de P. 3, título 28, ley 33, coincide de manera casi exacta con lo indicado en Gayo 2. 79, D. 41. 1. 7. 7 (*Gai.*

⁵⁸⁸ Esta situación le lleva a THOMAS, J. A. C. (1964). "Locatio conductio emptio venditio und *specificatio*". En ZSS, Nº 81, pp. 109 y ss., a preguntarse si esto no podría significar la posibilidad de que las reglas y declaraciones de las escuelas de juristas sobre la cuestión de la especificación estuviera en cierto modo conectada con su definición de los límites de la *locatio conductio operis faciendi*.

2 rer. cott.)⁵⁸⁹ e I. 2. 1. 25. La Ley 33 es el pilar fundamental y punto de conexión entre el derecho romano y el derecho vigente español y argentino, pues en ninguna otra fuente histórica del derecho castellano se recoge mención alguna a la especificación, hasta que el Proyecto de Código Civil de 1851, artículo 424, se hizo eco de la figura de la *specificatio* como institución particular en relación con otros supuestos de accesión entre cosas muebles.

II. La *specificatio* en derecho romano

II. 1. Gayo

La jurisprudencia romana no construyó la *specificatio* como un instituto jurídico unitario y abstractamente regulado, sino como la solución a casos diferentes. La gran cuestión para los juristas fue siempre de quién sería el resultado de la transformación de la materia ajena. Es decir, quién será el dueño de la *nova species*, ¿el dueño de la materia o el especificador? Por lo tanto, del resultado de la especificación, obra nueva con materia ajena mediante trabajo humano, deriva un evidente conflicto de intereses, pues se discute quién habrá de ser su propietario.

Gayo es el jurista que más información nos ha proporcionado a propósito de la *specificatio* en derecho romano. Por ello, partimos del examen de sus textos para realizar el *iter* de la recepción de la institución hasta el derecho contemporáneo. Así, el primero de ellos, *Gai.* 2. 79, pertenece a sus Instituciones, obra destinada a

⁵⁸⁹ En opinión de la doctrina está muy alterado, ver LEVY, E. y RABEL, E. (1935). *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*. Tomo III. Weimar: Herman Böhlau Nachfolger, p. 161.

la enseñanza del derecho realizada en el siglo II d. C., aproximadamente hacia el año 161 d. C., y que, como es sabido, sirvió de modelo para la elaboración de las Instituciones de Justiniano, cuya información tendremos ocasión de analizar más adelante.

En el fragmento 2. 79, Gayo nos informa acerca de un conjunto de casos-ejemplos de *nova species*, realizados con materia ajena, y que se mantendrán, curiosamente, de forma idéntica en las Instituciones de Justiniano e incluso en Partidas. Así, entre otros, dice Gayo, cuando se transforman en vino, aceite o harina, uvas, aceitunas o espigas (se refiere al grano) de otro dueño; igualmente, cuando se hace un jarro con oro o plata propiedad de un tercero, o cuando se fabrica una nave, un armario o una silla con tablas ajenas, o se hace un vestido con lana de un extraño, o se produce una mezcla con vino y miel de un tercero, o un emplasto o un colirio con medicinas ajenas. Si nos damos cuenta, Gayo siempre nos habla de una cosa nueva con materia ajena más el trabajo del especificador, obviando el supuesto, que más adelante veremos, de que el especificador realice una cosa nueva con materiales ajenos y propios, más su pericia laboral. La gran cuestión, según el jurista, es de quién será el resultado de la transformación de la materia ajena: “*quaeritur, utrum tuum sit id, quod ex meo effeceris, an meum*”. Es decir, quién será el dueño de la *nova species*, del nuevo objeto, el dueño de la materia o el especificador. Y ello porque siempre que surge una cosa nueva por transformación total o parcial de otra ajena va a surgir un nuevo dominio, es decir, a cosa nueva *dominus* nuevo.⁵⁹⁰

Por otro lado, Gayo prescindió de enumerar los requisitos para la adquisición de la propiedad del resultado obtenido por el especificador, la *nova species*, por ello soslaya en sus *Instituta* hablar del principio de la *bona fides* como requisito necesario para adquirir la propiedad a través de la transformación que supone la *specificatio*.⁵⁹¹

⁵⁹⁰ FERRINI, *op. cit.*, p. 204.

⁵⁹¹ DELI, G. (2013). “Einige Gedanken über die specificatio bei Gaius”. En *RIDROM*,

Pero ello no significa que una *res nova* pueda derivar de un *furtum*, porque nunca podrá ser una *res habilis*, es decir, deberá entenderse que el especificador siempre actúa de buena fe, de ese modo se garantiza el tráfico jurídico.⁵⁹²

Para responder a la cuestión de si el dueño del objeto fabricado deberá ser el anterior propietario de la *materia prima* o el especificador, el jurista refiere a las distintas posiciones de las escuelas proculeyana y sabiniana. Nos informa Gayo que para los sabinianos (Sabino y Casio) serán propietarios de la cosa nueva los propietarios de la materia con la que se ha realizado el nuevo objeto, mientras que en opinión de los proculeyanos, a quienes no menciona, sencillamente se limita a denominarles “autores de la escuela contraria” (*diversae scholae auctoribus*), la nueva cosa será de quien la hizo, del especificador. Pero en ningún momento se alude a los argumentos que esgrimieron las escuelas para explicar una u otra decisión. No es descartable, a falta de mayor información, que los juristas utilizaran respuestas retóricas para resolver problemas jurídicos, de ahí que las soluciones propuestas difirieran en atención a los intereses de quién se las formulara.⁵⁹³

Es cierto que Gayo no toma partido en favor de una u otra opinión, pero su sabinianismo está fuera de dudas,⁵⁹⁴ resultando decisivas sus palabras “*placuit Sabino et Cassius*” frente a “*alii ... putant*”. No obstante, indica dos remedios procesales que tiene el dueño de la materia frente a quien se apropia de ella, la *actio furti* y la *condictio*

Nº 11, pp. 61 y ss.

⁵⁹² KRAFT, CH. (2006). “Bona fides als Voraussetzung für den Eigentumserwerb durch *Specificatio*”. En *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'histoire du droit. The legal history review*, Nº 3, pp. 310 y ss.

⁵⁹³ LEESEN, T. (2006). “Produced and Bottled in Rome. Who Owned the Wine? The controversy about *Specificatio*”. En *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, Nº 53, pp. 265 y ss.

⁵⁹⁴ CALONGE, *op. cit.*, p. 199.

furtiva. Es decir, que aunque para los proculeyanos el propietario de la *nova species* será el especificador, el propietario de la materia podrá dirigirse contra él con la *actio furti* si se considera que lo ha robado, presuponiendo por lo tanto mala fe. Y también reconoce que el antiguo dueño de la materia puede utilizar la *condictio* aunque la materia ya no exista, pues se ha convertido en una cosa nueva, justificando tal opinión en que aunque las cosas extinguidas no pueden reivindicarse (*quia extinctae res, licet vindicari non possint*), sí pueden reclamarse. Por lo tanto, puede colegirse que en derecho clásico al propietario de la materia no le corresponde en principio ninguna indemnización por la pérdida sufrida como consecuencia de la especificación. Solamente disponía de las pertinentes acciones para su reclamo en caso de mala fe del especificador. Sin embargo, en derecho justiniano sí se admitió la indemnización como consecuencia de la aplicación general de la prohibición del enriquecimiento injustificado.⁵⁹⁵

En D. 41. 1. 7. 7, texto también atribuido a Gayo, en el que se amplía lo dispuesto en sus Instituciones 2. 79 y en el que por primera vez se menciona la conocida como *media sententia*, es decir, opinión ecléctica o intermedia, que facilitará con mayor flexibilidad la imputación de la propiedad en atención a la composición material de la obra nueva frente al trabajo empleado en su elaboración.

Nos hallamos ante otro texto de origen gayano, cuya *inscriptio* lo coloca en los *Libri rerum cottidianarum sive aureorum*, obra más conocida como *Res cottidianae*, redactado en alguna escuela jurídica oriental, que sigue, en lo relativo al instituto de la *specificatio*, de modo casi literal, lo establecido en las Instituciones del citado jurista. Ambos textos sirvieron de inspiración para la redacción justiniana de I. 2. 1. 25. Nos indica Gayo que cuando alguien hubiera hecho por su cuenta un objeto con material ajeno, según

⁵⁹⁵ VOCI, *op. cit.*, p. 252.

los proculeyanos Nerva y Próculo, el propietario del nuevo objeto será el que lo hizo, ya que dicho objeto no pertenecía a nadie antes de hacerse. En cambio, continúa Gayo, para los sabinianos Sabino y Casio debe ser propietario quien lo fuera del material con que se ha hecho la cosa nueva, ya que sin material no puede hacerse objeto alguno (*quia sine materia nulla species effici possit*). Ahora bien, en D. 41. 1. 7. 7 se cita, invirtiendo el orden y poniendo en primer lugar, la opinión de lo que en las *Instituta* se llamaba escuela contraria (*diversae scholae*), citando expresamente a Nerva y Próculo. En cambio, se expone en segundo lugar, frente al primero que ocupaba en las Instituciones gayanas, la opinión de los sabinianos Sabino y Casio. Seguidamente recurre el jurista a los ejemplos de siempre, así, dice, si yo hubiera hecho un vaso cualquiera con oro, plata o cobre de tu propiedad, o una nave, un armario o unas sillas con tablas tuyas, o un vestido con tu lana, o mulso (una mezcla) con vino y miel de tu propiedad, o un emplasto o un colirio con tus medicamentos, o vino, aceite y trigo con uvas, aceitunas o espigas de tu propiedad. En definitiva, se sigue recordando en este fragmento que para que haya especificación es necesario materia ajena y trabajo propio.

Los ejemplos usados, con evidente carácter exhaustivo,⁵⁹⁶ son los mismos que en *Gai.* 2. 79, aunque ahora en el párrafo 7 se exponen con

⁵⁹⁶ Ciertamente, como ejemplos son demasiados. Gayo no empleaba nunca una serie de casos tan amplia para hacer una ejemplificación. Si se señalan tantos es verosímil que fuera porque no eran ejemplos sino casos reales que se cuestionaban con frecuencia. PEROZZI, S. (1948). "Se la relazione sulle opinioni dei sabiniani e dei proculeiani in D. 41. 1. 7 § 7 sia di Gaio". En *Rendiconti dell'Istituto Lombardo (Storia del diritto)*, Serie II, Vol. XXIII y (1890). *Scritti giuridici I. Proprietà e possesso*. Milán: Giuffrè, pp. 271 y ss. Opinión diferente mantiene VOICI, *op. cit.*, p. 241, nt. 1. Ver también GLYN WATKIN, TH. (2004). "Concrete cases which could occur. The Origins of the Problem of *Specificatio* in Roman law". En *À l'Europe du troisième millénaire*.

un orden diverso. Se comienza por los metales, oro, plata, cobre para hacer un vaso, o madera, tablas, para hacer una nave, un armario o unas sillas; o lana para elaborar un vestido; o una bebida realizada con vino y miel; o unos medicamentos utilizados para hacer un emplasto o un colirio; para terminar indicando la tríada de vino, aceite y trigo tras la transformación de uvas, aceitunas y espigas. Sin embargo, *in fine* del fragmento se puede leer la precisión de que la transformación de espigas en trigo no supone hacer una cosa nueva, lo cual es cierto por obvio, pues los granos ya existían dentro de la espiga y tienen ya su forma definida, y quien los extrae no hace un objeto nuevo (*qui excusit spicas, non novam speciem facit, sed eam quae est detegit*). El ejemplo correcto es el referido a la transformación de granos de trigo en harina.

La gran novedad de este texto reside en que es la primera vez que aparece mencionada la solución intermedia, que tiempo después fue acogida por Justiniano, lo que induce a sospechar que su presencia en el Digesto obedece a una labor de las escuelas postclásicas,⁵⁹⁷ de los compiladores.⁵⁹⁸ Para esta posición intermedia, de tendencia proculeyana, si el objeto puede volver a su estado de material, se sigue lo que pensaron Sabino y Casio, y si no, lo que dicen Nerva y Próculo. Así, el vaso, al fundirse, puede volver a ser una masa de oro, plata o cobre, pero el vino, el aceite o el trigo no pueden volver a ser uvas, aceitunas o espigas, ni tampoco el mulso a ser miel y vino, ni el emplasto o los colirios a ser medicamentos aislados. Por consiguiente, según los casos, tiene prevalencia la materia o la forma, lo que permite hablar de especificación reversible o especificación irreversible en atención a la reversibilidad o no del resultado de la especificación.⁵⁹⁹

Mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi: à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie, Vol. 1, Milán: Giuffrè, pp. 335 y ss.

⁵⁹⁷ FERRINI, *op. cit.*, p. 241; CALONGE, *op. cit.*, p. 199, nt. 8.

⁵⁹⁸ PEROZZI, "Se la relazione...", *op. cit.*, pp. 255 y ss.

⁵⁹⁹ VOCI, *op. cit.*, p. 243, nt. 1.

II. 2. Escuelas de juristas: sabinianos y proculeyanos

Hemos visto que Gayo mencionaba la opinión de juristas pertenecientes a las dos escuelas de juristas clásicos, pero realmente no nos han llegado textos atribuidos ni a juristas proculeyanos ni a sabinianos, pero sí referencias a sus diferentes opiniones en los textos de juristas posteriores. A pesar de ello, podemos avanzar que la jurisprudencia romana no construyó la *specificatio* como un instituto jurídico unitario y abstractamente regulado, sino como la solución a casos diferentes.⁶⁰⁰

La postura sabiniana, que como se ha dicho otorga la propiedad de la obra nueva al *dominus materiae*, viene referenciada por Juliano en D. 6. 1. 61 (6 *ex Min.*) y D. 13. 1. 14. 3 (22 *dig.*) y por Ulpiano en D. 30. 44. 2 (22 *ad Sab.*), D. 30. 44. 3 (22 *ad Sab.*) y D. 32. 49. 5 (22 *ad Sab.*).⁶⁰¹ Nos dice Juliano en D. 6. 1. 61 que cuando alguien hubiera reconstruido (reparado) su nave con materiales ajenos, la nave seguía siendo suya, es decir, del especificador, pero no si lo que hubiera hecho es construir totalmente una nave nueva con materiales ajenos. La razón es muy sencilla: cuando se rehace una nave con material ajeno no se hace una *nova species*, cosa diferente es que se haga completamente una nave nueva con materiales ajenos. En este supuesto, según la teoría sabiniana, el especificador no se hará propietario de la misma, pues la nave pertenecerá al dueño de la materia.⁶⁰²

En opinión de Ulpiano, D. 30. 44. 2-3, el objeto no se extingue

⁶⁰⁰ AYMERICH RENTERÍA, *op. cit.*, p. 1150.

⁶⁰¹ CALONGE, *op. cit.*, pp. 199 y ss.

⁶⁰² La doctrina ha puesto en duda si estamos realmente ante un caso de especificación, circunstancia que para CALONGE, *op. cit.*, p. 200, nt. 12, está fuera de duda, pues, afirma que “según parece deducirse de *Gai.* 2. 79, la construcción de una nave con materiales ajenos es un caso claro de especificación, como el hacer con los mismos materiales un *armarium* o un *subsellium*”.

a pesar de la especificación. Es decir que aunque la materia, los metales o la lana, se transforme en vasos o en vestidos, o los vasos se hubiera fundido en un trozo de metal (*pocula* o *massa*; *lana* o *vestimentum*), es indiferente al objeto de que el heredero deba cumplir el legado y entregar lo que exista, ya sea metal, lana, vasos o un vestido, no importa. Es decir, la forma, que no la sustancia, no implica ni justifica el incumplimiento de un legado. Por lo tanto, lo importante es la materia base de los objetos, no el resultado que haya podido obtenerse tras la especificación. Esta opinión viene ratificada por lo expuesto en D. 32. 49. 5, donde nos precisa Ulpiano que si a una mujer se le hubiesen legado varios objetos de oro, pero antes de la entrega se hubiesen fundido, como el oro subsiste, se la deberá entregar el oro. En estos textos se ratifica que el dueño no será el especificador sino el *dominus materiae*, que en estos casos será el legatario, a quien se entregará la materia como se encuentre, en estado originario o transformada, o al revés tras intervenir la pertinente fundición en el caso de los metales.

La postura proculeyana, por el contrario, mantenía que el propietario de la nueva obra fuera el especificador, lo que se infiere de los textos atribuidos a Pomponio, D. 24. 1. 29. 1 (*14 ad Sab.*) y D. 41. 1. 27. 1 (*30 ad Sab.*); también de D. 6. 1.5. 1 (*16 ad ed.*), donde Ulpiano menciona la opinión de Pomponio; a Calistrato, D. 41. 1. 12. 1 (*lib. 2 inst.*); y a Paulo, D. 32. 78. 4 (*2 ad Vitell.*); D. 32. 88 (*5 ad leg Iul. et Pap.*); D. 41. 1. 24 (*14 ad Sab.*); D. 41. 1. 26 pr. (*14 ad Sab.*); y D. 41. 2. 30. 4 (*15 ad Sab.*).

Según Pomponio, D. 24. 1. 29. 1, en el que se recoge un supuesto evidente de especificación,⁶⁰³ cuando un marido dona a su mujer una cantidad de lana y ella se hace unos vestidos, siguiendo el criterio del proculeyano Labeón, tales vestidos le pertenecen a la mujer. Es decir, la *nova species*, los vestidos, se atribuye al especificador, en

⁶⁰³ CALONGE, *op. cit.*, pp. 202 y ss.

este caso la esposa, y no al *dominus materiae*, su marido, dueño de la lana que donó. El mismo criterio de imputación de la propiedad a la persona que pone su trabajo para hacer una cosa nueva, el especificador, sigue el jurista Pomponio en D. 41. 1. 27. 1. Se dice en el fragmento que cuando se mezclan varios ingredientes para hacer una medicina o un perfume, el propietario de los ingredientes no puede alegar que subsista nada de su propiedad, por lo que la cosa nueva pertenecerá a quien lo hizo. Es obvio que estamos ante un caso de especificación y que el propietario será ahora quien elaboró la nueva especie transformando los ingredientes ajenos, es decir, el especificador, ingredientes que además ya no pueden recuperar su estado anterior.

La actitud proculeyana también viene ratificada en un texto de Ulpiano que recuerda la opinión del jurista Pomponio. Se trata de D. 6. 1. 5. 1, texto absolutamente genuino, en opinión de Calonge, que nos permite conocer la opinión de Pomponio para determinar en qué supuestos se produce especificación y en cuáles no. Lo más significativo es que Ulpiano, como hemos visto, era defensor de la teoría sabiniana, sin embargo, en este texto no aparece, quizá porque fue mutilado por los compiladores.⁶⁰⁴ Pomponio nos presenta tres supuestos de mezcla de ingredientes o metales, perfectamente diferenciados *ab initio* entre propios y ajenos, aunque los tres casos no se pueden calificar de especificación porque pueda originarse una *nova species* irreversible.

El primer supuesto, absolutamente ejemplarizante como caso de especificación, es la manida mezcla de tu vino y mi miel, que no se hará cosa común, pues siguiendo la línea de opinión proculeyana se atribuirá al que lo hizo, puesto que la mezcla no conserva su anterior calidad. El segundo supuesto es la fundición de plomo con plata, y dado que es factible su separación, cada propietario podrá recupe-

⁶⁰⁴ *Ibidem*, op. cit., pp. 204 y ss.

rar su materia mediante la acción real, es decir, en este caso no hay *nova species*. Y el tercer supuesto es cuando se produce una aleación de bronce y oro cuya separación era imposible, circunstancia en la que cada propietario podrá reivindicar su parte (cuota), pero no la materia que, aunque confundida, permanece. Por lo tanto, en este caso tampoco hay *nova species*. En definitiva, según Calonge, cuya opinión compartimos, “para Pomponio solamente puede decirse que hay *nova species* cuando ésta no es susceptible de ser vuelta a su materia prima”.⁶⁰⁵ En la misma línea que Pomponio se posiciona Calistrato, D. 41. 1. 12. 1, para quien cuando se hace un objeto nuevo fundiendo cobre y plata de diferentes propietarios, no se hará una cosa común, pues pueden ser separados, dice el jurista, por quien sabe de ello y vueltos a su primigenia forma.

También Paulo se posiciona en la línea de pensamiento de la escuela proculeyana en materia de *specificatio*. A este jurista se le atribuyen varios textos. En primer lugar, en D. 41. 1. 24 se ratifica la idea de que no habrá especificación cuando la cosa pueda volver a su estado originario, y el dueño será el *dominus materiae*. Sensus contrario, habrá especificación, según los proculeyanos, siempre que la cosa nueva no pueda volver a su primigenio estado. Dos ejemplos muy elocuentes nos pone Paulo: cuando se hace una estatua con bronce ajeno o una taza con plata ajena. En ambos casos, la estatua y la taza pueden fundirse y, en consecuencia, serán propiedad del dueño de la materia. Es decir, jurídicamente hablando no hay una *nova species*, sino simplemente un cambio de forma, que a la postre es insuficiente para que el propietario de la materia pierda su propiedad. Se trata del mismo material, pero con forma diferente como consecuencia de la intervención del trabajo humano. Esta opinión es apostillada en el siguiente fragmento de Calistrato, D. 41. 1. 25, en el que se afirma que esto será así, a no ser que tanto la estatua como la taza se

⁶⁰⁵ CALONGE, *op. cit.*, p. 205.

hubieran hecho con el consentimiento del otro propietario, pues el consentimiento del propietario hace que la cosa entera pertenezca a aquél en cuyo nombre fue hecha.

Que la propiedad de la *nova species* será para el especificador, lo ratifica Paulo en D. 41. 1. 26 *pr.* al afirmar que cuando se ha hecho una nave con maderas ajenas, la nave será para quien la ha hecho, el especificador. Lo argumenta aludiendo al ejemplo de la nave construida con madera de ciprés o el vestido hecho con lana, pues, dice el jurista, ya no existe madera ni lana, sino un objeto (nave) de madera de ciprés o un objeto (vestido) hecho de lana.⁶⁰⁶ Paulo mantiene la misma justificación en D. 32. 88, D. 41. 2. 30. 4 y D. 32. 78. 4, de cuyos supuestos se infiere claramente que “hay cosas que no son susceptibles de especificación ya que en ellas el cambio de forma es irrelevante y por ello el *dominus materiae* no pierde jamás su dominio sobre las mismas”.⁶⁰⁷ Parece que Paulo defiende lo contrario en D. 10. 4. 12. 3, pero más bien es porque considera que hubo mala fe.⁶⁰⁸

Vistas las diferentes opiniones de las escuelas de juristas para atribuir la propiedad del nuevo objeto, unos al dueño del material (sabinianos) y otros al especificador (proculeyanos), como novedad, en el postclásico texto D. 41. 1. 7. 7, aparece una tercera vía atribuida

⁶⁰⁶ Según DE MARTINO, F. (1995). *Diritto, economia e società nel mondo romano I, Diritto privato*, Napoli: Jovene, pp. 119 y ss., fue clarísimamente modificado por los compiladores justinianeos.

⁶⁰⁷ CALONGE, *op. cit.*, p. 211. No obstante, DE MARTINO, *Diritto, economia e società nel mondo romano I, Diritto privato*, cit., pp. 122 ss., pone en duda la genuinidad clásica de todos estos textos.

⁶⁰⁸ AYMERICH RENTERÍA, *op. cit.*, p. 1159, nt. 19; Para CALONGE, *op. cit.*, p. 211, nt. 44, se trata de un texto radicalmente interpolado. Sin embargo, VOGLI, *op. cit.*, p. 247, señala el texto como una clara aceptación de la tesis sabiniana por su decisión, aunque refiere casos tanto de especificación reversible como irreversible.

fundamentalmente a la doctrina proculeyana,⁶⁰⁹ que es la conocida como *media sententia*, opinión intermedia o ecléctica, que en absoluto es clásica.⁶¹⁰ Los autores de esta solución propugnan, basados exclusivamente en la composición de la materia elaborada y prescindiendo totalmente del trabajo del especificador, que si el nuevo objeto puede volver a su estado anterior (por ejemplo, el vaso que puede fundirse y ser nuevamente un trozo de oro, plata o cobre), que el propietario sea quien indican los sabinianos, el dueño del material, en caso contrario, cuando no pueda recuperar su naturaleza anterior (por ejemplo, el vino que no puede volver a ser uvas, ni el aceite aceitunas, ni la harina trigo, ni los granos de trigo una espiga, ni la mezcla de vino y miel volver a ser vino y miel, ni el emplasto o el colirio medicamentos diferenciados), que el propietario sea quien indican los proculeyanos, el especificador.

Por lo tanto, en este texto, sin duda muy alterado por los compiladores, se están sentando las bases de lo que el emperador Justiniano recogerá en sus *Instituta*, pues no solo aparece la novedad de la *media sententia*, también se precisa el nombre de las escuelas jurídicas, sabiniana y proculeyana. Además, se omite toda alusión a la *actio furti* y a la *condictio furtiva*, todo ello en comparación con el texto gayano de las Instituciones 2. 79. En definitiva, es verdad que con la información aportada en los textos atribuidos a Gayo se conoce la regulación de la especificación en época clásica, aunque difiere, en parte, de la regulación postclásico-justiniana.

Indicar que en derecho romano también se exigió que el especificador debía actuar de buena fe para poder adquirir la propiedad, si bien no consta explícitamente en ningún texto, pero se deduce tanto

⁶⁰⁹ KASER, *op. cit.*, p. 291.

⁶¹⁰ DE MARTINO, F. (1954). "Appunti in tema di *specificatio*". En *Scritti giuridici raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene 1854-1954*. Napoli: Jovene, p. 300.

de D. 47. 2. 52. 14 (*Ulp. 37 ad ed.*) como de D.10.4.12.3 (*Paul. 26 ad ed.*), en los cuales la *actio ad exhibendum* y la conservación de la propiedad no podrían ser explicadas en caso de especificación irreversible sino con la circunstancia de que el especificador lo fuera de mala fe.⁶¹¹ Ahora bien, expresamente nunca se exigió como tal dicho requisito, o al menos no consta en ninguna fuente jurídica. No obstante, parece lógico que la actuación del especificador conforme a la *bona fides* fuera considerado un requisito para adjudicarle la propiedad de la nueva cosa, en caso contrario sería legitimar el *furtum* y la mala fe.⁶¹²

II. 3. Instituciones de Justiniano

Nadie duda de que Justiniano fue un firme defensor de la *media sententia*, lo cual se deduce claramente de I. 2. 1. 25, D. 41. 1. 7. 7, D. 41. 1. 24-26 y D. 6. 1. 5. 1. Analizados *ut supra* los textos de Pandectas, seguidamente lo hacemos con el texto de las Instituciones. Ciertamente, en las Instituciones de Justiniano, salvo en la parte final, que ahora analizaremos, no se aporta nada nuevo que no constara ya en los anteriores textos atribuidos a Gayo. Justiniano hace gala de un extraordinario carácter pedagógico, no en balde sus *Instituta* son un manual de derecho inspirado en la Instituciones gayanas. Justiniano, tal como lo hiciera Gayo, comienza definiendo lo que ha de entenderse por *specificatio*, para, a continuación, preguntarse de modo retórico quién será el dueño del nuevo objeto. Además, recoge exactamente, casi *ad pedem litterae*, los mismos ejemplos, sin añadir ni suprimir ninguno. Acude a las opiniones de las escuelas proculyana y sabiniana para dilucidar a quién debe atribuirse la propiedad

⁶¹¹ VOGLI, *op. cit.*, pp. 251-252.

⁶¹² KRAFT, *op. cit.*, pp. 289 y ss; DELI, *op. cit.*, pp. 63 y ss.

de la *nova species*. Y, por supuesto, replica la teoría intermedia (*media sententia*), que constituye la expresión de un criterio exacto frente a las opiniones de sabinianos y proculeyanos.⁶¹³

Pero sin duda la gran novedad está *in fine* del texto. Justiniano amplía en la parte final del fragmento el concepto de especificación, de tal manera que ya no es exclusivamente la realización de una cosa nueva con material ajeno, sino que ahora se añade la posibilidad de que el nuevo objeto sea hecho con materia propia y materia ajena, sin indicar proporciones, mediante el trabajo de uno mismo. En este caso no rige la *media sententia* sino que el dueño del nuevo objeto realizado será el que lo hubiera hecho, el especificador. Se argumenta esta ampliación tomando como fundamento que quien lo hizo no solamente puso su trabajo, sino que también aportó parte de los materiales (*cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit*).

Por lo tanto, cuando la especificación se produzca tanto total como parcialmente con material ajeno, como el especificador aporta, cuando sea parcialmente, parte del material y además su propia actividad, será el dueño. Así, y hay varios ejemplos en el texto, si alguien mezcla su propio vino con miel ajena para hacer mulso, o utiliza medicamentos propios y ajenos para realizar un emplasto o un colirio, o teje un vestido con su lana y la de otro, el sujeto que lo ha realizado será el nuevo propietario. De todo ello puede extraerse una concisa conclusión: siempre será necesario el trabajo humano para que exista un supuesto de especificación, y el propietario no siempre será el dueño de la materia empleada, pueda o no volver la *nova species* a su estado original, sino que estará condicionado por la propiedad originaria de los materiales utilizados.

Esta parte final del texto permite afirmar que la *pictura*, la *tinctoria*,

⁶¹³ SCAEVOLA, Q. M. (1895). *Código civil comentado y concordado extensamente*. Tomo VI. 3ª edición. Madrid: Imprenta de Ricardo Rojas, p. 429.

la *textura* y la *scriptura* en ocasiones pueden considerarse casos de especificación pues sus resultados realmente son obras nuevas. Por ejemplo, si se pinta en una tabla o en un pergamino ajenos, el resultado es una obra de arte que no puede volver a su estado anterior, salvo que se destruya tal obra, por lo tanto son más un caso de especificación que de accesión, salvo que se entienda que la especificación es una especie de accesión. Es más, *accessio* y *specificatio* no fueron considerados en el derecho romano antiguo modos independientes de adquisición de la propiedad; tal consideración deriva del siglo XII. Y ello porque como los términos técnicos de *accessio* y *specificatio* fueron desconocidos por los juristas romanos, los casos que nos proporcionan las fuentes no pueden clasificarse claramente en una u otra categoría. Lo que realmente hicieron los juristas romanos para atribuir la propiedad fue examinar la identidad del objeto, en lugar de hablar de casos de accesión o casos de especificación, en los que más que hablar de adquisición de la propiedad habría que hablar de pérdida de la propiedad. Es decir, cuando una cosa pierde su identidad original por su transformación (*specificatio*) o por su unión con otra cosa (*accessio*), ésta deja de existir como objeto autónomo de propiedad y, en consecuencia, su propiedad también cesa.⁶¹⁴

III. La *specificatio* en el derecho intermedio

Concluido el conciso análisis del instituto de la especificación en derecho romano, no encontramos en ninguna fuente de derecho intermedio hispano, ya sea en el Código de Eurico, en el Fuero

⁶¹⁴ PLISECKA, A. (2006). "Accessio and *specificatio* reconsidered". En *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review*, N^o 74, pp. 45 y ss.

Juzgo, en el Fuero Real, en las Leyes de Toro, en la Nueva y en la Novísima Recopilación, alusión alguna a la *specificatio*, salvo en Partidas, libro 3, título 28, ley 33, que, por supuesto, no usa el término técnico de especificación.

Resulta obvia la influencia de la obra de Justiniano en el texto de Alfonso X, y aunque ya no procedía referenciar explícitamente a las viejas escuelas de proculeyanos y sabinianos, sigue constando su forma de decidir en el texto alfonsino. E, igualmente, se siguen señalando *ad exemplum* las mismas materias para elaborar cosas nuevas que ya aparecían en los textos de Gayo: uvas, aceitunas, oro, plata, trigo, cebada, etc. Pero lo más importante es que, por primera vez, se empieza a utilizar el criterio de la buena y de la mala fe en el uso de la materia ajena, para atribuir la propiedad de la *nova species* al propietario de la materia o al especificador. Sin embargo, aquella apostilla que aparecía en I. 2. 1. 25 *in fine* por la cual si se había usado materia propia y materia ajena en la elaboración de un nuevo objeto, éste iba a ser para el especificador, ya que además de poner parte de la materia había puesto su trabajo, ya no aparece en el texto de las Partidas.

Se desprende de la ley alfonsina que habrá buena fe en el sujeto que elabora una cosa nueva con material ajeno, cuando piense que tal materia es suya (*cuydando que aquello de que lo fazen, que es suyo*), planteamiento que acoge básicamente la tesis proculeyana.⁶¹⁵ Sin embargo, habrá mala fe cuando quien hace alguna de las cosas elaboradas *ex novo* es plenamente sabedor de que el material no es suyo, que es ajeno (*sabiendo que aquello de que lo faze, que es ageno*). Otra novedad importantísima de las Partidas respecto de los textos romanos es que no solo se indica quién será el propietario de la cosa nueva, a quién se le atribuirá, sino las consecuencias para la otra parte. Así, cuando las cosas que se han realizado son de tal naturaleza que no

⁶¹⁵ AYMERICH RENTERÍA, *op. cit.*, p. 1182.

pueden volver a su estado anterior, uvas transformadas en vino, aceitunas en aceite, etc., serán del especificador si hubo buena fe, pero tendrá que, y esto es una novedad, dar al propietario de la materia utilizada la estimación de lo que valía la cosa.⁶¹⁶ Ahora bien, cuando las cosas puedan transformarse y volver de nuevo a su estado inicial, sobre todo los metales por medio de la fundición, serán del propietario del material original, es decir, queda a salvo su propiedad (*en saluo finca el señorío en sus cosas*). Estas soluciones, que acogen la tesis ecléctica de la *media sententia* justiniana,⁶¹⁷ se aplicarán siempre que el especificador hubiera actuado de buena fe, pues cuando lo hubiera realizado de mala fe, sabiendo que el material era ajeno, tendrá una doble penalización. Por un lado, pierde la obra que hizo, y por otro, no tiene derecho a ser indemnizado por los gastos que tuvo (*pierde la obra que faze, e non deue cobrar las despensas que y fizo*). Es decir que tanto el derecho romano como el derecho de las Partidas no daban ninguna indemnización al especificador de mala fe.

Todo ello queda perfectamente recogido en el extracto de Partida 3, libro 28, ley 33, realizado por Velasco,⁶¹⁸ que seguidamente transcribimos, y que dice:

De quien debe ser el señorío del vino hecho con uvas ajenas, y del aceite con aceitunas (ajenas). Haciéndose esto ú otras cosas análogas de buena fe, si las cosas ajenas de que se hace no pueden volver al estado que antes tenían, ganan entonces los que lo hacen el señorío de aquellas cosas, pero están obligados á dar al otro su valor; pero si pueden volver á su antiguo estado, el señorío de las cosas será siempre de aquel de quien eran aquellas con que se hicieron, mas si se hace

⁶¹⁶ De aquí deriva la sugerente e interesante discusión doctrinal a propósito de si la estimación válida debe ser la subjetiva o una estimación objetiva.

⁶¹⁷ AYMERICH RENTERÍA, *op. cit.*, p. 1183.

⁶¹⁸ VELASCO PÉREZ, I. (2010). *Las Siete Partidas del sabio rey D. Alonso extractadas*. Valladolid: Maxtor, pp. 342-343.

cualesquiera de las cosas antedichas de mala fé, entonces el que la hizo pierde la obra y las expensas invertidas.

Por lo tanto, partiendo de las Instituciones justinianeas, el rey Sabio propuso seguir la tesis intermedia y en lugar de preferir el derecho a la propiedad de la nueva cosa en favor del especificador o del *dominus materiae*, optó, al igual que los jurisconsultos romanos, por concordarlos. Así, dice Benito Gutiérrez,⁶¹⁹ cuando se prefiere al autor de la forma que ha trabajado de buena fe, es decir, al especificador, se está fingiendo que adquiere la propiedad de una *res nullius*, siempre que la cosa no sea restituible a su antiguo estado, y por lo tanto, se la pueda considerar una verdadera creación. En este caso, el dueño debe ser su autor, el especificador, y no el dueño de la materia. Por el contrario, si la nueva cosa puede volver a su estado anterior prescindiendo del valor del trabajo del especificador, incluso hecho de buena fe, el dueño de la materia podrá reivindicarla con la obligación de indemnizar la mano de obra. En este supuesto la forma se considera una accesión.

Ahora bien, esta solución no está exenta de algunos inconvenientes a pesar de ajustarse a los principios de la buena fe. Son tantos los posibles casos de especificación que no admiten una regla uniforme, ya que en ocasiones vulneraría los derechos del verdadero dueño. Extraer vino de las uvas, harina del grano de trigo, es sencillamente dar uso a la materia y no deja de ser anómalo que se conceda la propiedad al que lo hizo. Sin embargo, hacer una taza, un vaso u otro objeto con metal ajeno, casos en los que la forma es esencial como consecuencia del trabajo, el dueño por el contrario será el dueño de la materia. Por ello, indica Benito Gutiérrez,⁶²⁰ “con razón ha podido decirse que la

⁶¹⁹ GUTIÉRREZ, G. (1871). *Códigos ó estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. Tomo II. 3ª edición. Madrid: Librería de Sánchez, p. 100.

⁶²⁰ GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 100.

equidad en estos y otros ejemplos parecidos se halla en oposición al tenor literal de la ley”. Pues bien, muchos de estos inconvenientes se tratarán de salvar con la redacción de los dos primeros párrafos del artículo 424 del Proyecto de 1851 y que por suerte se ha reflejado en el vigente artículo 383 del Código Civil español.

IV. La “obra de nueva especie” en el Código Civil español

La redacción del vigente artículo 383 del Código Civil apenas difiere de la redacción del Proyecto de 1851. Procedemos a destacar en nuestra exégesis del artículo aquellas circunstancias cuyo origen pueden retrotraerse al derecho romano diferenciadas de las que provengan de las Partidas, teniendo en cuenta que su contenido y redacción sustancial, con posterior adaptación gramatical, se produjo en 1882, omitiendo el uso de ejemplos y la posible reversión de la nueva obra a su original materia. En realidad, nuestro Código Civil no sigue “en todos sus detalles”,⁶²¹ ni sigue las huellas⁶²² de la opinión jurisprudencial romana, ni acoge la opinión intermedia justiniana ni tampoco las modificaciones de Partidas.⁶²³

Nuestro legislador, en este único y exclusivo artículo, ha pretendido regular la figura de la especificación diferenciada de otros tipos de accesión entre cosas muebles.⁶²⁴ Por ello, mientras en los demás

⁶²¹ MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1893). *Comentarios al Código Civil español*. Tomo III. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, p. 257.

⁶²² SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 430.

⁶²³ AYMERICH RENTERÍA, *op. cit.*, pp. 1155 y ss.

⁶²⁴ FEMENÍA LÓPEZ, P. J. (2013). *Comentarios al Código Civil*. Tomo III (Arts. 361 a 587). En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.). Valencia: Tirant lo

casos de accesión de muebles el legislador faculta a los propietarios de las cosas para separarlas, siempre que se pueda hacer sin detrimento del objeto, en la especificación como modo de accesión no se autoriza a ello pensando en las dificultades que pudieran ocasionarse.⁶²⁵ A pesar de ello, lo cierto es que, una vez producida la especificación, el artículo 383 se ocupa de regular quién será el dueño de la nueva cosa para de ese modo atribuirle la propiedad.⁶²⁶ El artículo está estructurado en tres párrafos perfectamente diferenciados,⁶²⁷ cuyo contenido pasamos a examinar.

a) Lo establecido en el primer párrafo recuerda la opinión proculayana, que otorga la propiedad al especificador, al autor de la obra, y que puede ser tanto una persona física como jurídica,⁶²⁸ quedando subordinada la materia de la nueva obra al trabajo, de tal modo que aquella es lo accesorio respecto de la actividad humana que es la principal.⁶²⁹ Por lo tanto, nuestro Código opta, como regla general, por la preeminencia del trabajo sobre la materia, soslayando si la materia ajena puede volver o no a su estado original.⁶³⁰ Se trata de la regla ordinaria de atribución de la propiedad en caso de *specificatio*, pero se necesita el cumplimiento de los siguientes requisitos:

Blanch, p. 3128, señala que la escritura, la escultura, la pintura, etc., son casos de especificación, aunque el Código Civil regula sistemáticamente a la especificación como una subespecie de la accesión (p. 3129).

⁶²⁵ VALVERDE Y VALVERDE, C. (1910). *Tratado de derecho civil español. Tomo II. Parte especial. Derechos reales*. Valladolid-Madrid: Editorial Cuesta, p. 105.

⁶²⁶ AYMERICH RENTERÍA, *op. cit.*, pp. 1186 y ss.

⁶²⁷ ALONSO PÉREZ, M. (1990). "Artículo 383." En *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, Tomo V, Vol. 1º (Artículos 333 a 391)*. 2ª edición. Madrid: EDERSA, pp. 469 y ss.

⁶²⁸ FEMENÍA LÓPEZ, *op. cit.*, p. 3128.

⁶²⁹ MANRESA Y NAVARRO, *op. cit.*, p. 259; SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 430.

⁶³⁰ FEMENÍA LÓPEZ, *op. cit.*, p. 3130.

1. Que se emplee materia ajena, total o parcialmente. No necesariamente toda la obra tiene que ser realizada con materia de otra persona, pues también el especificador podrá utilizar materia propia además de su propio trabajo. Se trata de un requisito que hemos visto ya quedó establecido por el emperador Justiniano en I. 2. 1. 25 *in fine*, al cual, sin embargo, Gayo nunca aludió. De este primer párrafo se infiere la necesaria existencia de dos elementos fundamentales para que se produzca la especificación: mano de obra (trabajo humano) y materiales ajenos. Ambos elementos son igualmente importantes e indispensables “tanto que sin el uno es difícil concebir, no el que el otro exista, sino el que tenga sobre qué operar o el que nos rinda un servicio o nos preste una utilidad”.⁶³¹

2. Para que el especificador se haga propietario de la nueva obra, y por consiguiente adquiera la propiedad de la materia ajena utilizada, deberá indemnizar el valor de aquella a su dueño. Esta necesidad de indemnizar proviene igualmente del derecho romano, donde conforme se infiere de *Gai. 2. 79* se le otorgó al propietario de la materia la *actio furti* y la *condictio ex causa furtiva*, para conseguir la correspondiente indemnización.

3. Condiciona el legislador hispano el anterior modo de adquisición de la propiedad a que el especificador actúe de buena fe. La primera vez que vemos establecido este requisito es en Partida 3, título 28, ley 33. Por buena fe ha de entenderse que el autor de la nueva obra piense que la materia ajena que utiliza es suya (*cuydando que aquello de que lo fazen, que es suyo*), no que use la materia ajena con consentimiento del *dominus materiae*. Actualmente, debe entenderse por buena y mala fe, siguiendo criterios analógicos, lo previsto en el artículo 433 del Código Civil para la posesión: “Se reputa poseedor de buena fe

⁶³¹ SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 429.

al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario”.

b) Frente a la regla general establecida en el primer párrafo, de marcado carácter proculeyano, como hemos dicho, los dos siguientes recogen lo que pueden considerarse excepciones.⁶³² El segundo párrafo recuerda a la doctrina sabiniana, pues atribuye la propiedad de la obra nueva al dueño del material. Ello significa que se invierten los términos del principio general del primer párrafo. Ahora la materia es lo principal y la mano de obra lo accesorio, razón que determina la atribución de la propiedad al especificador o al dueño de la materia, tomando como base el principio de las accesiones en las que lo accesorio cede ante lo principal.⁶³³ Esta excepción del párrafo 2º del artículo 383 se explica teniendo en cuenta que el criterio verdaderamente relevante es el aumento del valor de la cosa, que ha de ser obvio, de tal modo que cubra con creces cualquier valor subjetivo que pudiera tener la cosa para su dueño en el estado originario.⁶³⁴ Y para que esta excepción tuviera lugar también se establecen varios requisitos.

1. Que la materia ajena utilizada siga siendo más preciosa o tenga un valor superior a la *nova species*. Pero el problema es precisamente determinar por medio de la oportuna estimación qué se conceptúa como superior.
2. En este caso, el dueño de la materia podrá optar entre quedarse con la obra nueva o pedir al especificador una indemnización

⁶³² ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 470 y ss.

⁶³³ SCAEVOLA, *op. cit.*, pp. 431 y ss.

⁶³⁴ ALFARO, J. (2018). “Las obras creadas con materiales ajenos: el artículo 383 del Código Civil” En *Almacén de Derecho*, 2 (no paginado). Disponible en: (<https://almacenederecho.org/las-obras-creadas-materiales-ajenos-art-383-cc>).

por la materia. El derecho de elección que se atribuye al *dominus materiae* se funda en su dominio del elemento principal.⁶³⁵ Ello implica que el Código Civil introduce un criterio de propiedad propio de la adjunción, pues la propiedad del todo se atribuye al propietario de la cosa más valiosa.⁶³⁶

3. Si elige quedarse con la *nova species*, aun siendo consciente de que tiene un valor inferior al de la materia, tendrá que indemnizarle por su trabajo al especificador.

4. En caso de renuncia del dueño de la materia a quedarse con la obra nueva, necesariamente se quedará con ella el especificador, quien además tendrá que indemnizar el valor de la materia. Parece como si el legislador “castigara” al especificador por haber aminorado con su trabajo el valor de la materia. Sería una especie de sanción a artistas mediocres que pueden deteriorar materiales de superior calidad transformándolos en una obra de escaso o nulo valor⁶³⁷.

c) El tercer párrafo recoge otra excepción a la regla general por cuanto se regulan las consecuencias que tiene para el especificador que actúa de mala fe. Este párrafo recuerda lo establecido en Partidas, donde se imponía una doble penalización al especificador. Por un lado, perdía la obra que hizo, y por otro, no tenía derecho a ser indemnizado por los gastos que hubiera realizado (*pierde la obra que faze, e non deve cobrar las despensas que y fizo*, Partida 3, título 28, ley 33).

En la actual regulación sucede exactamente lo mismo:

1. El especificador no tiene derecho a quedarse con la obra que

⁶³⁵ SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 432.

⁶³⁶ FEMENÍA LÓPEZ, *op. cit.*

⁶³⁷ ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, p. 471.

ha realizado, pues se le reconoce al dueño de la materia el derecho de quedarse con la obra sin pagar nada al autor,⁶³⁸ aunque la nueva especie constituyera una obra artística de superior valor. Es decir, el especificador no tiene derecho ni tan siquiera a ser indemnizado por su trabajo. Ello implica que deba reservarse la consideración de “mala fe” para aquellos casos en que el especificador actúe sobre la materia ajena con el objetivo doloso de apropiarse de los bienes ajenos, no de realizar una *nova species*.⁶³⁹

2. También se reconoce al dueño de la materia la posibilidad de exigir al especificador que le indemnice el valor de la materia y los perjuicios que le hayan seguido, conforme dispone el artículo 1106 del Código Civil, en cuyo caso se infiere que se quedará con la obra el especificador que actuó de mala fe. El Código⁶⁴⁰ ignora otros supuestos en los que puede manifestarse la mala fe.⁶⁴¹ Uno, cuando el especificador obre de buena fe y el dueño de la materia lo consienta en los términos establecidos en el artículo 379, párrafo 3º. Y otro cuando se actúe de mala fe, tanto por parte del especificador como por parte del dueño de la materia. En ambos casos deberá aplicarse lo establecido en el artículo 379 del Código Civil. Es decir que lo dispuesto en el artículo 383, párrafo 3º, se acomoda perfectamente al criterio que prevalece en los restantes casos de

⁶³⁸ No comparte esta decisión del legislador ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, p. 472.

⁶³⁹ ALFARO, *op. cit.*

⁶⁴⁰ MANRESA Y NAVARRO, *op. cit.*, pp. 259 y ss.

⁶⁴¹ DORAL GARCÍA, J. A. (1991). “Comentario del artículo 383 del Código Civil”. En PAZ-ARES, C. (dir.). *Comentario del Código Civil*. Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, p. 1055, recoge un elenco de supuestos que pueden suscitarse en caso de especificación y que no se contemplan en el artículo 383 del Código Civil. Así, por ejemplo, cuando se emplee materia ajena de

accesión en los que medie mala fe, pues quien incurra en ella pierde la pertenencia de la cosa y además tendrá que indemnizar por los perjuicios originados.⁶⁴²

En definitiva, puede afirmarse que las distintas soluciones en vigor tienen su origen en las diferentes opiniones de los jurisconsultos romanos, consagradas posteriormente por las leyes de las Partidas.⁶⁴³ Nuestro Código Civil combina las soluciones de los sabinianos y proculeyanos, pero “interpretando con ellos el principio de que lo accesorio cede a lo principal”. Por el contrario, no alude a las distinciones que hizo el emperador Justiniano y que se reproducen en las Partidas.⁶⁴⁴

V. La “transformación” en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

En el Código Civil y Comercial argentino, artículo 1957, se regula

varios propietarios, se aplicarán las reglas de la cotitularidad; cuando sean varios lo especificadores se generará un estado de copropiedad sobre la *nova species* que se dilucidará conforme a sus propias reglas; cuando haya terceros titulares de derechos reales sobre la materia se harán acreedores de una compensación justa por derecho de indemnización; cuando la especificación tenga lugar por acuerdo de las partes se regirá por el contenido del contrato y no por la norma de la *specificatio*; amén de otras cuestiones relacionadas con la estimación en las que será determinante el momento de la transformación y el día del pago para que tenga lugar la valoración.

⁶⁴² SCAEVOLA, *op. cit.*

⁶⁴³ MANRESA Y NAVARRO, *op. cit.*, p. 257.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 258.

la *specificatio* bajo la denominación de “transformación”, como otro modo especial de adquisición del dominio de cosas muebles ajenas, con un régimen que intenta compatibilizar el interés de los propietarios en conflicto. El nuevo Código Civil y Comercial recoge en un solo artículo lo que el derogado Código Civil redactado por el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield recogía en cuatro, artículos 2567 a 2570. Es verdad que el vigente artículo 1957 se organiza en cuatro párrafos, pero no coinciden exactamente con lo previsto en la regulación de Vélez. Sin embargo, ambas regulaciones, la vigente y la derogada, muestran una evidente influencia del derecho romano y de Partidas, por cuanto establecen varios requisitos que recuerdan lo establecido en sus respectivas regulaciones. Así, se necesita que sea materia ajena, que la transformación se produzca por la actividad del transformador, que haya un objeto nuevo distinto del anterior y, por supuesto, intención de apropiarse del objeto nuevo. Además, la adquisición del dominio bien por el dueño de la materia bien por el transformador dependerá de la buena o mala fe con que actuó el transformador y de si la cosa no puede volver a su estado anterior, es decir, de su reversibilidad.⁶⁴⁵

Sin duda, el abolido Código Civil de Vélez era más pedagógico no solo porque encuadraba la materia bajo el título “De la especificación o transformación”, también porque la nueva regulación obliga a diferenciar los distintos supuestos que encierra cada fragmento del artículo 1957. Es preciso diferenciar, por un lado, si el transformador actúa de buena o de mala fe, y por otro, si el nuevo objeto es reversible o no, es decir, si puede volver a su estado originario.

En primer lugar, recogido en el primer párrafo del artículo, cuando el transformador o especificador actúa de buena fe sobre la materia ajena y el nuevo objeto creado no puede volver al estado anterior, se establece que el transformador se quede con la cosa

⁶⁴⁵ HERRERA, M., CARAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo V. Buenos Aires: Infojus, pp. 81-82.

transformada, pero con la obligación de indemnizar al dueño de la materia ajena por el valor de dicha materia. Como seguidamente veremos, se trata del único supuesto en que el propietario de la materia pierde su propiedad.

En segundo lugar, recogido en el tercer párrafo, puede darse el caso de que el transformador también actúe de buena fe pero que el nuevo objeto sea reversible. En este supuesto la solución es diferente, pues el dueño de la materia prima será el dueño de la nueva cosa, pero deberá elegir entre pagar al especificador su trabajo o exigir el valor de los gastos que ocasione la reversión de la cosa al estado anterior de la especificación.

En tercer lugar, recogido en el segundo párrafo, cuando el transformador actúa de mala fe y el objeto nuevo es irreversible, es decir, no puede volver a su estado anterior. En este caso, el dueño de la materia puede optar por quedarse con la cosa transformada, pero deberá pagar al especificador por su trabajo o por el mayor valor que haya adquirido la cosa, a su elección, o ser indemnizado por todo el daño ocasionado por el transformador. En este supuesto, si la cosa quedara en poder del transformador no habrá sido porque él haya querido, sino por decisión del dueño de la materia. En cierto modo, esta prescripción legal encierra un carácter sancionador por cuanto al haber actuado de mala fe tendrá que indemnizar por todo el daño ocasionado, no solamente por el valor de la cosa como se prescribe en el supuesto en que la actuación del especificador haya sido de buena fe.

Y, en cuarto lugar, como indica el último párrafo del artículo 1957, cuando el transformador actúa de mala fe pero la cosa nueva es reversible a su estado anterior, el dueño de la materia puede optar entre reclamar la cosa transformada sin pagar nada al especificador o abdicar de la cosa solicitando el valor de la indemnización íntegra de la materia más el daño ocasionado. En este supuesto, queda patente el carácter sancionador de la regulación por cuanto el transformador no tendrá derecho a ser indemnizado por su trabajo si el dueño de la

materia reclama la cosa y tendrá que indemnizar por el daño cuando el dueño de la materia renuncie al reclamo de la cosa transformada.

En definitiva, la controversia entre sabinianos y proculeyanos, superada por la *media sententia* adoptada por Justiniano, recogida posteriormente en el derecho de Partidas, ha llegado hasta el Código Civil y Comercial argentino, buscando, como indicaba Vélez en sus notas a los artículos 2567 a 2570, que “la equidad es la que debe dirigir la resolución de los jueces”.

VI. Conclusiones

La institución jurídica de la especificación, que surgió en Roma, ha llegado hasta la actualidad. Su regulación en los vigentes cuerpos normativos español y argentino consta, respectivamente, en el Código Civil español, artículo 383, y en el Código Civil y Comercial argentino, artículo 1957. Mientras que otras instituciones jurídicas han tenido su plasmación normativa en los diferentes cuerpos legales de derecho intermedio, la especificación solamente aparece regulada de manera independiente y exclusiva en Partida 3, título 28, ley 33.

La jurisprudencia romana no construyó la *specificatio* como un instituto jurídico unitario y abstractamente regulado, sino como la solución a casos diferentes. La gran cuestión para los juristas siempre fue de quién sería el resultado de la transformación de la materia ajena: “*quaeritur, utrum tuum sit id, quod ex meo effeceris, an meum*” (*Gai. 2. 79*). Es decir, quién será el dueño de la *nova species*, el dueño de la materia o el especificador.

Antes de abordar el estudio de Partida 3, título 28, ley 33, se ha considerado pertinente conocer cómo solucionaron los romanos la atribución de la propiedad de la *nova species* fruto de la *specificatio*, para así comprender la vigente regulación resultado de una larga

recepción. Para responder a la cuestión de si el dueño del objeto fabricado debería ser el propietario de la materia prima o el especificador, Gayo refiere las distintas posiciones de las escuelas proculyana y sabiniana: para los sabinianos serán propietarios de la cosa nueva, los propietarios de la materia con la que se ha realizado el nuevo objeto, mientras que en opinión de los proculyanos la nueva cosa será de quien la hizo, del especificador. Pero en ningún momento se alude a los argumentos que esgrimieron las escuelas para explicar una u otra decisión.

En D. 41. 1. 7. 7, texto también atribuido a Gayo, en el que se amplía lo dispuesto en sus Instituciones 2. 79, se señala la conocida como *media sententia*, que facilitará con mayor flexibilidad la imputación de la propiedad en atención a la composición material de la obra nueva frente al trabajo empleado en su elaboración. La gran novedad de este texto reside en que es la primera vez que aparece mencionada la solución intermedia, que tiempo después fue acogida por Justiniano (I. 2. 1. 25), lo que induce a sospechar que su presencia en el Digesto obedece a una labor de las escuelas postclásicas y de los compiladores. No obstante, puede extraerse una concisa conclusión: siempre será necesario el trabajo humano para que exista un supuesto de especificación.

En derecho romano se exigió que el especificador actuara de buena fe para poder adquirir la propiedad, si bien no consta explícitamente en ningún texto. Expresamente nunca se exigió como tal dicho requisito, o al menos no consta en ninguna fuente jurídica. No obstante, parece lógico que la actuación del especificador conforme a la *bona fides* fuera considerado un requisito para adjudicarle la propiedad de la *nova species*, pues en caso contrario sería legitimar el *furtum* y la mala fe.

Partiendo de las Instituciones justinianeas, el rey Sabio en Partida 3, título 28, ley 33, propuso seguir la tesis intermedia y, en lugar de otorgar el derecho a la propiedad de la nueva cosa en favor del

especificador o del *dominus materiae*, optó, al igual que los juriscultos romanos, por concordarlos. Pero lo más importante es que por primera vez se utiliza expresamente el criterio de la buena y de la mala fe en el uso de la materia ajena como criterio decisorio de la atribución de la propiedad de la *nova species* al propietario de la materia o al especificador.

Otra novedad relevante de las Partidas respecto de los textos romanos es que no solo se indica quién será el propietario de la cosa nueva, sino también las consecuencias para la otra parte. Así, cuando las cosas que se han realizado son de tal naturaleza que no pueden volver a su estado anterior, serán del especificador si hubo buena fe, pero tendrá que, y esto es una innovación, dar al propietario de la materia utilizada la estimación de lo que valía la cosa. Ahora bien, cuando las cosas puedan transformarse y volver a su estado inicial serán del propietario del material original, es decir, queda a salvo su propiedad. Estas soluciones, que recogen la *media sententia* justiniana, se aplicarán siempre que el especificador hubiera actuado de buena fe, pues cuando lo hubiera realizado de mala fe, sabiendo que el material era ajeno, tendrá una doble penalización. Por un lado, perderá la obra que hizo, y por otro, no tendrá derecho a ser indemnizado por los gastos que hubiera tenido. Es decir que tanto el derecho romano como el derecho de Partidas no daban ninguna indemnización al especificador de mala fe.

Si las Partidas son el punto de conexión entre el derecho romano y el derecho vigente, el Proyecto de 1851 es el punto de inflexión. Con posterioridad a las Partidas nunca más, ni en los proyectos de Código Civil ni en la regulación vigente, se han vuelto a utilizar ejemplos identificativos de supuestos de especificación, como sí lo hicieron Gayo y Justiniano. En el Proyecto de 1851, antecedente de la vigente legislación, se abandona la idea romana de la reversibilidad de la nueva *species* a su primitiva materia, con la consiguiente destrucción del nuevo objeto hecho con materia ajena. Ahora se ignora toda hipotética destrucción del objeto como principio en el

que sustentar la atribución de la propiedad. El nuevo objeto subsiste, pero los criterios de adquisición de la *proprietas* sobre él difieren. Se tiene en cuenta la buena o mala fe, así como el valor de la nueva cosa por la aportación del trabajo del especificador, abandonando otros principios propios del derecho romano y que, si bien a ellos sirvieron, en este momento se ignoran, no modificándose por ello que la *specificatio* siguiera siendo un modo originario de adquisición de la propiedad.

Por ello, el vigente Código Civil español y el Código Civil y Comercial argentino no siguen en todos sus pormenores la opinión jurisprudencial romana, ni acogen la opinión intermedia justinianea, ni tampoco las modificaciones de las Partidas, aunque puede afirmarse que las distintas soluciones en vigor tienen su origen en las diferentes opiniones de los jurisconsultos romanos. Además, ambos ordenamientos jurídicos dejan constancia de la necesaria existencia de dos elementos fundamentales para que se produzca la especificación o transformación: mano de obra (trabajo humano) y materiales ajenos. Ambos elementos son igualmente importantes e indispensables.

VII. Bibliografía

ALFARO, J. (2018). “Las obras creadas con materiales ajenos: el artículo 383 del Código Civil”. En *Almacén de Derecho*, 2 (no paginado). Disponible: <https://almacenederecho.org/las-obras-creadas-materiales-ajenos-art-383-cc>

ALONSO PÉREZ, M. (1990). “Artículo 383”. En *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Tomo V, Vol. 1º (Artículos 333 a 391 del Código civil)*. 2ª edición. Madrid: EDERSA, pp. 462-477.

AYMERICH RENTERÍA, R. (1987). “La especificación en el Código Civil”. En *Anuario de derecho civil*. Vol. 40, Nº 4, pp.1149-1232.

BALZARINI, B., (1982). “s. v. Specificazione. Diritto romano”. En *Nov. Dig. Ital. XVII*, Torino: UTET, pp. 1084-1087.

BETTI, B. (1942). *Istituzioni di diritto romano*, Vol. I, 2ª edición. Padova: CEDAM.

CALONGE, A. (1968) “Breve exégesis en materia de especificación”. En *Studi in onore di G. Grosso*, Vol. II. Torino: Giappichelli, pp. 193-212.

DELI, G. (2013). “Einige gedanken über die *specificatio* bei Gaius”. En *RIDROM*, Nº 11, pp. 61-87.

DE MARTINO, F. (1937). “Navis-eadem navis-*specificatio*”, *RDNav*, 3, pp. 41-61;

DE MARTINO, F. (1995). *Diritto, economia e società nel mondo romano I, Diritto privato*. Nápoles: Jovene, pp.99-128.

DE MARTINO, F. (1954). “Appunti in tema di *specificatio*”. En *Scritti giuridici raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene 1854-1954*. Nápoles: Jovene, pp. 297-307.

DORAL GARCÍA, J. A. (1991). “Comentario del artículo 383 del Código Civil”. En Paz-Ares, R. (dir.). *Comentario del Código Civil*. Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, pp. 1052-1055.

FEMENÍA LÓPEZ, P. J. (2013). *Comentarios al Código Civil*. Tomo

III (Artículos 361 a 587). En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.). Valencia: Tirant lo Blanch pp. 3128-3132.

FERRINI, C. (1889). “Appunti sulla dottrina della specificazione”. En *BIDR*, pp.182-247.

GLYN WATKIN, TH. (2004). “Concrete cases which could occur. The Origins of the Problem of *Specificatio* in Roman law”. En *À l'Europe du troisième millénaire. Mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi: à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*, Vol. 1. Milán: Giuffrè, pp. 335-366.

GUARINO, A. (1997). *Diritto privato romano*. 11ª edición. Nápoles: Jovene.

GUTIÉRREZ, B. (1871). *Códigos ó estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. Tomo II. 3ª edición. Madrid: Librería de Sánchez.

HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo V. Buenos Aires: Infojus.

IMPALLOMENI, G. (1990). “s. v. Specificazione (dir. rom.)”. En *Enciclopedia del Diritto*, XLIII. Milán: Giuffrè, pp. 267-270.

LEVY, E. y RABEL, E. (1935). *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*. Tomo III. Weimar: Herman Böhlau Nachfolger.

KASER, K. (2022). *Derecho privado romano*. Madrid: BOE.

KRAFT, CH. (2006). “Bona fides als Voraussetzung für den Eigentumserwerb durch *Specificatio*”. En *Tijdschrift voor*

Rechtsgeschiedenis = Revue d'histoire du droit = The legal history review, Nº 3, pp. 289-318.

LEESEN, T. (2006). “Produced and Bottled in Rome -Who Owned the Wine? The controversy about *Specificatio*”. En *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, Nº 53, pp. 265-282.

LÓPEZ-RENDO, M. C. (2021). “La tabula picta y su recepción en el derecho español”. En *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo V. Derechos reales*. Madrid: BOE, pp. 441-506.

MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1893). *Comentarios al Código civil español*. Tomo III. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.

OURLIAC, P. y DE MALAFOSSE, J. (1963). *Derecho romano y francés histórico. Tomo II. Los bienes*. Barcelona: Bosch.

PEROZZI, S. (1890). “Se la relazione sulle opinioni dei sabiniani e dei proculeiani in D. 41. 1. 7 § 7 sia di Gaio”. En *Rendiconti dell'Istituto Lombardo (Storia del diritto)*, Serie II, Vol. XXIII.

PEROZZI, S. (1948). *Scritti giuridici I. Proprietà e possesso*. Milán: Giuffrè, pp.253-281.

PETIT, E. (2001). *Tratado elemental de Derecho romano*. 17ª edición. México: Porrúa.

PLESCIA, J. (1973). “The Case of Specification in Roman Law”. En *IVRA XXIV*, pp.214-221.

PLISECKA, A. (2006). “Accessio and *specificatio* reconsidered”. En *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review*, 74, pp. 45-60.

SCAEVOLA, Q. M. (1895). *Código Civil comentado y concordado extensamente*. Tomo VI. 3ª edición. Madrid: Imprenta de Ricardo Rojas.

TORRENT, A. (2005). “s. v. *specificatio*”. *Diccionario de derecho romano*. Madrid: Edisofer, pp. 1235 y ss.

VALVERDE Y VALVERDE, C. (1910). *Tratado de derecho civil español. Tomo II. Parte especial. Derechos reales*. Valladolid-Madrid: Editorial Cuesta.

VELASCO PÉREZ, I. (2010). *Las Siete Partidas del sabio rey D. Alonso extractadas*. Valladolid: Maxtor

VOCI, P. (1952). *Modi di acquisto della proprietà (Corso di diritto romano)*. Milán: Giuffrè.

WEISS, E. (1991). “s. v. *Specificatio*”. En *Paulys Realencyclopädie der classischen altertumswissenschaft*, III A-2, 1551. Stuttgart: J.

Don Juan del Castillo Sotomayor (1563-1640), un olvidado jurista del siglo XVII

Por Sergio R. Núñez y Ruiz Díaz⁶⁴⁶

Resumen

El presente es una aproximación a un jurista de los siglos XVI y XVII, que marca la pervivencia del derecho romano justiniano, en épocas de cambio y surgimiento de una nueva cultura jurídica.

I. El mundo jurídico de los siglos XVI y XVII

Los siglos consignados se presentan complejos, ya que un cúmulo de circunstancias históricas hizo que el mundo occidental cambiara no solo sus paradigmas, sino que también tuviera que abrirse a una realidad nueva y compleja.

⁶⁴⁶ Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires).

Los descubrimientos geográficos, el contacto con nuevos grupos de población, el cisma cristiano y las posteriores guerras de religión son hechos y circunstancias históricas que aportarán, cada uno por su lado, una reformulación de los saberes, de la filosofía y del derecho.

En éste contexto, en el mundo jurídico coexistirán los herederos de Bártolo de Sassoferrato y el Abad Panormitano (juristas del “*mos italicus*” tardío), junto con los discípulos de Andrés Alciato, Jacques Cujas y Donneau (“*mos gallicus*” o escuela de Bourges).⁶⁴⁷

Las diferencias entre estas escuelas serán no solo dogmáticas, sino esencialmente prácticas, continuando los juristas clásicos con el estudio de casos propios de la actividad forense, el predominio y apego al argumento de autoridad (dejando de lado el argumento de razón propio de la escuela), el alejamiento del uso de las fuentes romano canónicas directas, el predominio de comentarios a las grandes obras jurídicas y un aumento de los estudios y preponderancia de la legislación real.

En esta época y bien entrado el siglo siguiente, predominarán los géneros de las prácticas procesales, obras sin pretensiones científicas dedicadas a instruir a escribanos y abogados, procuradores y litigantes en los procesos. Se destacan las de Tiberio Deciano, Próspero Farinaccio y Julio Claro. En América sobresalió la *Curia Filípica* de Juan Hevia Bolaños.

Otra particularidad será la pervivencia de la “*communis opinio doctorum*”. El *mos italicus* tardío dejó los argumentos de razón y tornó a una utilización exagerada de citas y de opiniones. La multiplicidad y diversidad de éstas, que determinó la crisis del método de la “*communis opinio*”, condujo a que, para evitar la oposición de mayor número de pareceres contrarios, se exagerara la cita de autoridades, en lugar de prestarle atención al razonamiento. Las obras jurídicas

⁶⁴⁷ GUZMÁN BRITO, A. (1978). “Mos Italicus y Mos Gallicus.” En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso*, Nº 2, pp. 11-40.

se convirtieron en una abrumadora cadena de citas, fatigosas para el entendimiento y desprovistas de originalidad.⁶⁴⁸

En el caso particular de la península ibérica, observaremos que, desde la consolidación de la monarquía desde los Reyes Católicos hasta mediados del siglo XVII con los Austria, la actividad jurídica se desplazó a los comentarios y análisis del derecho real. Los juristas españoles y portugueses comentaron sus leyes con el método y doctrina del *mos italicus*.

En esta línea se destacarán los comentarios de Alonso Díaz de Montalvo al Fuero Real y de Antonio Gómez a las Leyes de Toro, y particularmente las glosas de Antonio López a las Leyes de Partidas.

Simultáneamente, se estaba desarrollando el denominado modo humanista de interpretar el derecho. Lorenzo Valla (1406-1457) será uno de los primeros en recomendar a los juristas el estudio de las lenguas clásicas, previo a estudiar el derecho, al mismo tiempo que criticará acerbamente a los cultores del método escolástico.⁶⁴⁹

La cultura humanística, inspirada en la Antigüedad, se hizo presente en la ciencia jurídica. Trajo como resultado el cambio de mentalidad del jurista, que ya no concibió al derecho romano como derecho actual, sino como la más elevada expresión del genio romano, por lo tanto, una expresión histórica de razón y equidad, pero no necesariamente la única.

Las enseñanzas comenzadas por Andrea Alciato (1492-1550), en sus estudios en Pavía y Bolonia, concluidos en Bourges, iniciarán un nuevo horizonte para el conocimiento jurídico; el que se consolidará con Jacques Cujas (1522-1590).⁶⁵⁰

⁶⁴⁸ TAU ANZOÁTEGUI, V. (2016). *El jurista en el Nuevo Mundo*. Berlín: Max Planck Institut for Legal History, pp. 97-146; ÁNGELI, S. (2016). “Él ama la justicia y el derecho: Aportes sobre ley, derecho y altos tribunales de justicia en Hispanoamérica (siglos XVI–XVII)” En *RES GESTA*, N° 52, pp. 33–51.

⁶⁴⁹ GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, p. 37.

⁶⁵⁰ Biografía de Andrea Alciato en; <https://www.unav.es/biblioteca/fondoantiguo/>

El cambio en el método de estudio se centrará en una mayor libertad con la que se interpretó el derecho, con el uso frecuente de argumentos racionales y citas de fuentes clásicas y medievales no jurídicas. Lentamente surge el uso del criterio sistemático originado en las *Institutas*, considerado un texto más racional que el del Código o el Digesto. Únicamente para las cuestiones más concretas se siguió citando al *corpus* y a los juristas medievales.

Con los humanistas, el argumento “*pro ratione*” tuvo un alcance más profundo, que afectó la validez o autoridad misma del derecho romano. Esto se verificó principalmente en aquellos juristas del *mos italicus* de los países exentos del Imperio (España, Francia). Éstos invocaron la aplicación “*pro ratione*” del derecho romano, para sortear el escollo que significaba su condición de ley imperial y posibilitar su aplicación, ya no como ley sino como doctrina, pero sin hacerle perder un ápice de su valor dogmático. Esto ante el aumento de las leyes de cada reino o derecho propio de los monarcas.

La coexistencia de ambas escuelas y el avance del humanismo harán que al mismo tiempo que en el norte de Europa se sienten las bases del derecho natural racional, en el sur dará nacimiento a la denominada Escuela de Salamanca, que reflejará un pensamiento ligado a la escolástica tradicional y brindará fructíferos aportes al conocimiento general.⁶⁵¹

[hufaexp20/Deleitando_ensena/4_Autores/Entradas/2009/11/2_Andrea_Alciano_\(1492-1550\).html](http://hufaexp20/Deleitando_ensena/4_Autores/Entradas/2009/11/2_Andrea_Alciano_(1492-1550).html); GUZMÁN BRITO, op. cit., pp. 38-39.

⁶⁵¹ DE LOS MOZOS, J. L. (1973). “Humanismo y mos gallicus.” Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado en mayo de 1973. Disponible en: http://www.cnotarialmadrid.org/nv1024/paginas/TOMOS_ACADEMIA/020-07_MOZOS_DE_LOS_MOZOS_JOSE_LUIS_DE_LOS_20_1976.pdf; TAU ANZOÁTEGUI, op. cit., pp. 97 y ss.

II. Antecedentes biográficos

Don Juan del Castillo Sotomayor nació en Madrid en 1563, hijo del licenciado José del Castillo, alcalde de la Cuadra de la Real Audiencia de Sevilla, y de Mariana Méndez de Sotomayor, ambos de familias madrileñas.

Según consta en su biografía, reproducida en una de sus obras, pertenecía a una familia de importantes jueces y magistrados. Su abuelo Guillermo Gregorio del Castillo fue juez de la villa de Cervatos en tiempos de Carlos V y su tío Gome Guillén del Castillo magistrado en la ciudad de Córdoba y caballero del orden de Santiago, estando emparentados con el importante linaje madrileño de los González de Madrid.⁶⁵²

Estudió sus primeros años en Valladolid, en casa de su tío Gome. En 1583 comenzó a cursar en la célebre Universidad de Salamanca, completando de 1586 a 1588 los estudios de Cánones y de Derecho Civil. A fines de la centuria, se encuentra asumiendo la cátedra de Víspera y de Sagrados Cánones en la Universidad de Alcalá de Henares.⁶⁵³

Recordemos que la formación de los juristas desde la Edad Media se basaba en el estudio pormenorizado de lo que se conocía como “derecho común”, el derecho romano justiniano y el derecho canónico. En la actividad jurídica y científica se aplicaban indistintamente las dos disciplinas. Hacia 1601 se graduó en Cánones por la Universidad Complutense, obteniendo al final el doctorado en ambos derechos.⁶⁵⁴

⁶⁵² CASTILLO SOTOMAYOR, J. del (1727). *Quotidianarum controversiarum iuris, tomus primus*. Ginebra: Sumptibus Piestre & Delamollière. Disponible en Fundación Larramendi, Biblioteca Virtual de Polígrafos: https://www.larramendi.es/es/consulta_aut/registro.do?id=76338

⁶⁵³ *Ibidem*.

⁶⁵⁴ *Ibidem*.

Años después, fue destinado como alcalde mayor de la Audiencia de Galicia y posteriormente fue enviado a Sevilla, donde fue alcalde de la Real Audiencia de Grados.⁶⁵⁵

En 1617 fue ascendido a oidor de la Real Chancillería de Granada, puesto que ocupó hasta 1628, año en que fue destinado a la Contaduría Mayor de Hacienda, en Madrid, donde terminó sus días en 1640.

Al mismo tiempo que combinó su tarea como magistrado, dado el desempeño en las distintas jurisdicciones de su trajinada vida, ejerció una no menos fructífera obra científica.

Su conocimiento de ambos derechos, unidos a la práctica del foro, harán que sea un autor frecuentemente citado en la época. Su obra la podemos encuadrar en el sistema del *mos italicus* tardío, aunque con fuerte influencia de autores diversos para la interpretación del derecho, propio del sistema humanista.

La primera obra de la que tenemos registros será su *Tractatus de usufructus* (Tratado sobre el usufructo), impreso en 1603, en Alcalá de Henares. Dicha obra fue de uso frecuente tanto en las universidades como en el foro.⁶⁵⁶

Otro de sus trabajos fue acerca de la jurisdicción de los oficiales del Tribunal y Consejo de Hacienda y Contaduría Mayor de S. M., obra que estará subsumida en otra posterior más extensa *De tertiis debitis catholicis, et invictisimis regibus Hispaniae, ex fructibus et rebus omnibus quae Decimantur* (Las tercias debidas a los invictos

⁶⁵⁵ La Audiencia de Grados de Sevilla era un órgano jurisdiccional emanado del adelantado mayor de Andalucía, cuyas funciones fueron especificadas en los reinados de los Reyes Católicos, y particularmente con nuevas ordenanzas de los tiempos de Don Felipe II. TIZÓN FERRE, M. del M. (1999). "Audiencias Reales al sur del Tajo, Complicaciones de Ordenanzas en el siglo XVII". En *Anuario de Historia del Derecho Español*, Nº 69, pp. 519-528. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=134804>.

⁶⁵⁶ CASTILLO Y SOTOMAYOR, *op. cit.*

Reyes Católicos de España y de todos los frutos y cosas que diezman), un tratado sobre las tercias reales, un tributo propio de la monarquía hispana, y sobre los diezmos, de 1634. Es uno de los primeros tratados sobre el tema de impuestos, donde fundamenta la jurisdicción del Tribunal y Consejo de Hacienda.⁶⁵⁷

Estos tratados serán incorporados a lo que será su obra final en 1627: *Quotidianarum controversiarum juris* (Controversias diarias del derecho), en siete tomos. Desde la primera edición de Alcalá hasta la última, signada en 1727, contendrán con el tiempo numerosas correcciones y adiciones.

El primer tomo contendrá el Tratado del Usufructo, como se consignó anteriormente. Del segundo al quinto volumen será “*De successionibus*” (De las sucesiones), donde da un pormenorizado detalle del derecho de representación, pactos hereditarios, mayorazgos, etcétera. Un extenso tratado donde profundiza todo el conocimiento acerca de los derechos hereditarios.

El sexto tomo será su tratado de las Tercias Reales, y el último, o tomo póstumo, un breve tratado sobre los alimentos.

Por último, debemos mencionar que en la Biblioteca Nacional de España se encuentra un manuscrito del autor con el nombre de “*Corpus Iuris Civilis*”, un manuscrito fechado hacia 1597 y compuesto de tres volúmenes. El primero contiene los siguientes temas: “De la simonía” (*De Simonia*) (h. 8-a 49v); “De la causa de la posesión y la propiedad” (*De causa possessionis et proprietatis*) (h. 52-66v); “De la restitución de lo saqueado” (*De restitutione spoliatorum*) (h. 66v-72v); “De las condiciones de los apóstatas” (*De conditionibus appositis*) (h. 76-98v); “Del crédito de los usuarios” (*De fidei usuribus*) (h. 99-112); y “De la prueba” (*De probationibus*) (h. 113-123v).

El segundo volumen comienza con la sustitución vulgar (*Ad titulum*

⁶⁵⁷ *Ibidem*, op. cit., Tomo V.

de vulgare substitutione) (h. 1-17r), para reemplazar la sustitución pupilar (*Ad titulum pupilari substitutione*) (h. 17v-42); continúa con una explicación al título de *Institutas* de las acciones (*Explicatio ad titulum instituta de actionibus*) (h. 47-112); un tratado sobre lo que puede o no alienarse, según el Maestro Anguiano (*Tractatus, quibus alienare licet vel non, de sumptus ex pluribus capitibus a Magistro Anguiano eleganter traditus, ad interpretationes totius causae*) (h. 119-136v); y una nota al principio de las *Institutas* de *actionibus*, por el Dr. Ascensio López (*Notata in principio instituta actionibus per Doctorem Ascensium Lopez Anno 1567*) (h. 139-202).

Por último, el tercer volumen trata los siguientes ítems: “De los juicios” (*De iudiciis*) (h. 8-34v); “Título del Foro competente del Dr. Saliceto, obtentor de Prima en la Cátedra de Jurisprudencia 1596” (*Titulus de foro competenti a Doctore Saliceto primam in iurisprudencia cathedram obtinet anno domini 1596*) (h. 36-75v); y, por último, una explicación al título de las apelaciones de don Pedro Hurtado (*Explicatio ad titulum de apellationibus a domino Petro Hurtado hoc anno 1598*) (h. 76-137v).⁶⁵⁸

III. La prescripción adquisitiva o usucapión en Castillo Sotomayor

A la prescripción adquisitiva o usucapión la definiremos como “la adquisición de una propiedad o de un derecho real mediante su ejercicio en las condiciones y durante el tiempo previsto por la ley”.⁶⁵⁹

Ulpiano, en su regla 19, 8, definía la usucapio como: “*Usucapio est dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii*

⁶⁵⁸ Disponible en: <https://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000141477&page=1>.

⁶⁵⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014). *Diccionario de la lengua española*.

rerum mobilium anni, immobilium bienni” (La usucapión consiste en la adquisición de la propiedad por la posesión continuada de las cosas durante uno o dos años, un año para las cosas muebles y dos para las inmuebles).⁶⁶⁰

Por otro lado, Modestino, en Digesto 41. 3. 3, expresará: “La usucapión es la adquisición de la propiedad por la posesión continuada durante el tiempo señalado por la ley” y Gayo, en *Institutas* 11,42, dispone: “La usucapión de los bienes muebles se cumple al año, la de un fundo o de una casa en dos años. Así está dispuesto en las XII Tablas”.⁶⁶¹

Este lineamiento sigue Castillo Sotomayor en su tratado “*De tertiis decimarum Regib. Hispan. Solvendis; Libro VI, de Cotidianarum Controversiarum iuris*”.⁶⁶² Y particularmente se referirá a los requisitos para el reconocimiento del dominio por usucapión, en el capítulo XXVI, y las circunstancias de la denominada “prescripción inmemorial”, en el XXVII.

Ambos requisitos pueden sintetizarse en dos premisas centrales: la posesión del bien de buena fe en el tiempo, hecho que se probará según la costumbre del lugar y con testigos de la misma, la existencia de una pública voz y fama de esos poseedores de buena fe.

La buena fe romana, entendida en palabras de María Victoria Sansón Rodríguez, conforma

un patrón de la buena fe, un patrón objetivo, esto es, conforme con lo que es exigible entre lo que la sociedad considera personas justas y leales, patrón que solo es entendible por el rechazo de conductas a él contrapuestas, y que

Disponible en: <https://dle.rae.es/usucapi%C3%B3n>.

⁶⁶⁰ BRAVO GONZÁLEZ, A. (1994). *Derecho Romano. Primer Curso*. México: Porrúa, pp. 237 y ss.

⁶⁶¹ *Corpus Iuris Civile*, D. 41. 3. 3.

⁶⁶² CASTILLO SOTOMAYOR, *op. cit.*, Tomo VI, pp. 271 y ss.

obliga al juez a eliminar la exigibilidad del cumplimiento de obligaciones obtenidas a través de conductas engañosas, deshonestas y desleales sin necesidad de recurrir a la inserción en la fórmula de una *exceptio doli* en favor del demandado.⁶⁶³

Esta buena fe en la posesión deberá mantenerse en el tiempo, particularmente en los casos de la que denomina “posesión” o “prescripción inmemorial”. Ésta será entendida como la que perteneció a una misma persona o grupo familiar por más de cuarenta años.⁶⁶⁴

Estos años necesarios para probar dicho tiempo surgen de las Leyes de Toro, I, 41: “Y digan, que así lo vieron ellos pasar (los testigos), por tiempo de cuarenta annos”.⁶⁶⁵

Recordemos que el sentido de la propiedad antes del siglo XVIII era de un carácter más colectivo que particular o individual, primando el sentido de *gens* por sobre todas las cosas.

La prueba de la posesión se hará por testigos ancianos de pública voz y fama, teniendo en cuenta al primogénito y la opinión común del foro de que se trate.

Hechos los planteos generales, Sotomayor hará un pormenorizado análisis de los autores que están a favor y en contra de esta posición respecto de la prescripción inmemorial. Particularmente Gregorio López será el autor que reconoce menos tiempo para la misma, entre diez y veinte años, especialmente en la servidumbre de agua.⁶⁶⁶ Y

⁶⁶³ SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V. (2001). “La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el derecho romano clásico. Especial referencia al problema de la bilateralidad en los contratos consensuales.” En *Anales de la Facultad de Derecho Universidad de la Laguna*, Vol. 18, N° 2, pp. 35-55. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=755362>.

⁶⁶⁴ CASTILLO SOTOMAYOR, *op. cit.*, p. 274.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 276.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 282,

como corolario, expresa que ese derecho cesa en caso de que los supuestos titulares del bien o de la finca no hayan ejercido su derecho de dominio, interrumpiendo la posesión.

Sotomayor considera que esa falta de accionar debe verse como un castigo, y por consiguiente trae la pérdida de la posesión y el derecho a reclamarla.⁶⁶⁷

IV. Conclusiones

Del análisis de la obra de Juan del Castillo Sotomayor podemos concluir que es un destacado referente del período renacentista del derecho. Su erudición, reflejada en las innumerables citas y conocimiento de diversos autores, hacen de su obra un práctico tratado, en el cual se reconoce la validez en su momento y las diversas ediciones de éste en el tiempo.

Se observa una realidad jurídica distinta a la de la modernidad, una época marcada por la pervivencia del *Ius Civile* y el canónico, en suma, los últimos resabios de la escolástica. Ello en contraste con las nuevas corrientes de pensamiento centradas lentamente en el racionalismo, que serán del derecho de la modernidad.

⁶⁶⁷ *Ibidem, op cit.*, p. 296.

V. Bibliografía

Fuentes Inéditas

CASTILLO SOTOMAYOR, J. del. *Corpus Iuris Civile*. Disponible en: <https://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000141477&page=1>

Fuentes publicadas

Biografía de Andrea Alciato en; [https://www.unav.es/biblioteca/fondoantiguo/hufaexp20/Deleitando_ensena/4_Autores/Entradas/2009/11/2_Andrea_Alciato_\(1492-1550\).html](https://www.unav.es/biblioteca/fondoantiguo/hufaexp20/Deleitando_ensena/4_Autores/Entradas/2009/11/2_Andrea_Alciato_(1492-1550).html)

ÁNGELI, S. (2016). “Él ama la justicia y el derecho: Aportes sobre ley, derecho y altos tribunales de justicia en Hispanoamérica (siglos XVI–XVII)”. En *RES GESTA*, N° 52, pp. 33–51.

BRAVO GONZÁLEZ, A. (1994). *Derecho Romano. Primer Curso*. México: Porrúa, pp. 237 y ss.

CASTILLO SOTOMAYOR, J. del (1727). *Quotidianarum controversiarum iuris, tomus primus*. Ginebra: Sumptibus Piestre & Delamollière. Disponible en Fundación Larramendi, Biblioteca Virtual de Polígrafos: https://www.larramendi.es/es/consulta_aut_registro.do?id=76338.

DE LOS MOZOS, J. L. (1973). “Humanismo y mos gallicus”. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado en mayo de 1973. Disponible en: http://www.cnotarialmadrid.org/nv1024/paginas/TOMOS_ACADEMIA/020-07_MOZOS_DE_LOS_MOZOS_JOSE_LUIS_DE_LOS_20_1976.pdf

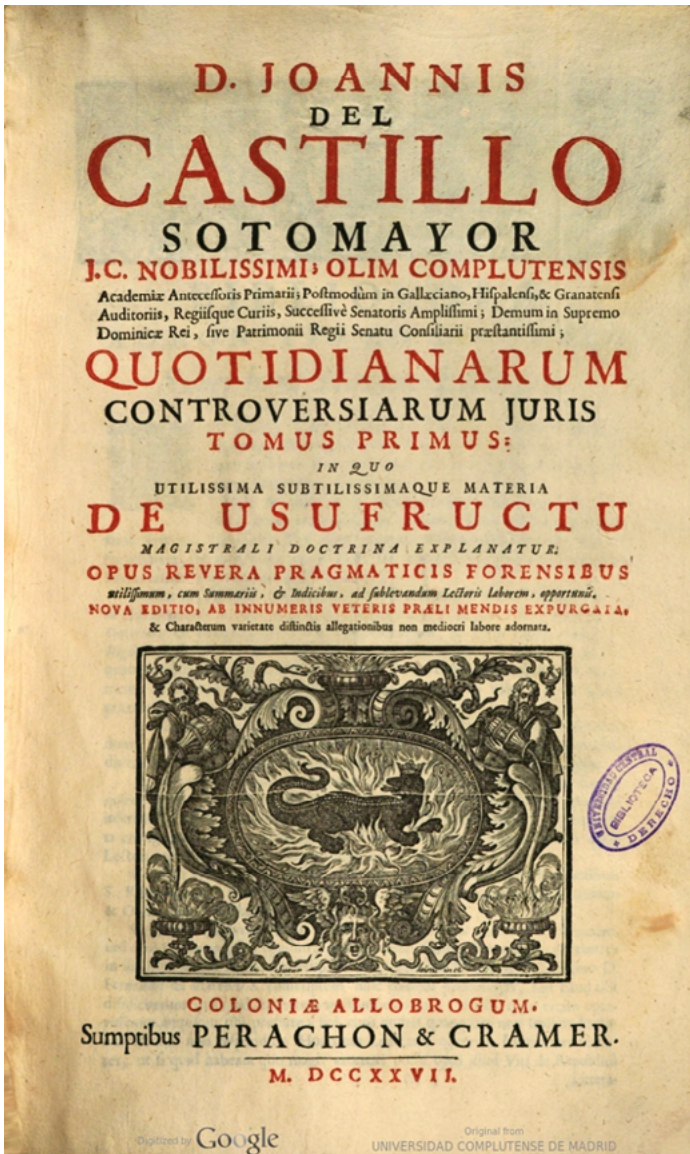
GUZMÁN BRITO, A. (1978). “Mos Italicus y Mos Gallicus”. En *Revista de Derecho de la Pontifica Universidad de Valparaíso*, N° 2, pp. 11-40.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014). *Diccionario de la lengua española*. Disponible en: <https://dle.rae.es/usucapi%C3%B3n>.

SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V. (2001). “La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el derecho romano clásico. Especial referencia al problema de la bilateralidad en los contratos consensuales”. En *Anales de la Facultad de Derecho Universidad de la Laguna*, Vol. 18, N° 2, pp. 35-55. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=755362>.

TAU ANZOÁTEGUI, V. (2016). *El jurista en el Nuevo Mundo*. Berlín: Max Planck Institut for Legal History, pp. 97-146.

TIZÓN FERRE, M. del M. (1999). “Audiencias Reales al sur del Tajo, Complicaciones de Ordenanzas en el siglo XVII”. En *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 69, pp. 519-528. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=134804>.



Portada de *Quotidianarum controversiarum iuris*

Uniones convivenciales. Su regulación en el derecho romano y en el Código Civil y Comercial la Nación Argentina

Por Claudia Alicia Rezek⁶⁶⁸

Resumen

El trabajo tiene por objeto indagar sobre la existencia o no de antecedentes romanos en una figura tan moderna en el derecho de familia argentino como lo son las uniones convivenciales reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en su artículo

⁶⁶⁸ Abogada y Procuradora (Universidad de Buenos Aires). Profesora titular ordinaria de Derecho Romano en Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Secretaria de ADRA (Asociación de Derecho Romano de la República Argentina). Docente categorizada CONICET. Autora de diversos artículos sobre derecho romano y legislación argentina vigente. Ponente y conferencista en jornadas y congresos nacionales e internacionales sobre la materia. Ex Directora de la Facultad de Derecho de la UNLZ, Centro de Extensión Zárate.

509 y siguientes. A partir de allí, ahondar si son equiparables estas uniones al matrimonio legítimo romano o *iustae nuptiae*. Para ello se partirá de conceptualizar las uniones convivenciales, sus efectos jurídicos y el matrimonio romano con sus efectos jurídicos, para seguidamente llegar a una conclusión.

Palabras clave: uniones convivenciales; antecedentes romanos; uniones lícitas

I. Introducción

Cuando en la actualidad aludimos al término “uniones convivenciales” decimos que es una denominación inédita utilizada por el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que desarrolla en su artículo 509 y siguientes. La conceptualiza 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”.⁶⁶⁹

La denominación resultó nueva para las costumbres y jurisprudencia argentina. Decimos conjuntamente con la doctrina predominante denominación inédita, porque a estas uniones, antes de la sanción del Código Civil y Comercial, se las llamaba uniones libres, uniones de hecho o concubinato. Su existencia era una realidad que transitaba paralela a las uniones matrimoniales, aunque sin reconocimiento jurídico excepto algunas situaciones. Este Código Civil y Comercial viene a reconocerlas, definir las y darles un andamiaje jurídico.

El artículo 509 nos habla de convivencia pública, notoria, estable, permanente y de un proyecto de vida en común de dos personas.

⁶⁶⁹ Artículo 509 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Les otorga a estas uniones de hecho que reúnan todos esos requisitos un rango jurídico con efectos jurídicos. Sí me gustaría destacar y anticipar que se excluyen entre los convivientes los efectos jurídicos sucesorios. Entre ellos no se heredan, no hay vocación hereditaria. Sin entrar en el análisis pormenorizado de los efectos jurídicos de las uniones convivenciales en la actualidad, sentí la necesidad de partir de su concepto para ver si éstas uniones existían ya en el derecho romano, y en caso positivo poder hablar una vez más de instituciones jurídicas modernas que tienen raigambre en el derecho romano o, dicho de otro modo, la pervivencia del derecho romano en las instituciones jurídicas modernas.

I. Concepto de uniones convivenciales

Se las ha llamado de diferentes formas, tanto en Roma como en la legislación positiva vigente en Argentina y el derecho comparado. Ello por ser consecuencia de diferentes causas: la libre determinación, la ignorancia o la imposibilidad de vivir en matrimonio. En todos los casos, se las llame como se las llame requieren de los principios de la licitud, juridicidad, no ser contrarias a derecho y no ser ilícitas para que se regulen sus efectos jurídicos.

a) Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

En Argentina se las llama actualmente uniones convivenciales. Las conceptualiza el artículo 509 del Código Civil y Comercial de la Nación 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”.

En Italia se las llama familias de hecho o convivencia fuera del matrimonio; en Francia unión de hecho o concubinato; en España “unión extramatrimonial, unión de hecho, unión libre, concubinato, familia de hecho, familia no matrimonial, matrimonio de hecho, uniones maritales de hecho, parejas no casadas, compañero no matrimonial, convivencia *more uxorio*”, todas éstas según Estrada Alonso.⁶⁷⁰,⁶⁷¹

Respecto de la definición de unión de hecho, que integra tanto la denominación de uniones heterosexuales y homosexuales, la podemos encontrar en el catedrático español Martinel en la oportunidad de inaugurarse las XI Jornadas Jurídicas de la Universidad de Lleida dedicada al estudio de las uniones de hecho celebradas en España en 1996 al decir: “Unión de hecho es la “unidad convivencial alternativa al matrimonio”.⁶⁷²,⁶⁷³

b) Código Civil de Vélez Sarsfield

Este Código de 1871, derogado y sustituido desde 2015 por el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, se abstuvo de regular las relaciones entre convivientes hoy, las uniones convivenciales, como la mayoría de las legislaciones occidentales de esa época. Solo tangencialmente aludía a la expresión concubinato en el artículo 257: “El concubinato de la madre con el presunto padre durante la

⁶⁷⁰ ESTRADA ALONSO, E. (1991). *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*. Madrid: Editorial Civitas, p. 50.

⁶⁷¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LLOVERAS, N. (2014). *Tratado de Derecho de Familia. Tomo II. Artículos 509-593*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 9 y ss.

⁶⁷² MARTINEL J. M. y ARECES PIÑOL M. T. (1998). *Uniones de hecho*. Lleida: Ediciones de la Universidad de Lleida, p. 11.

⁶⁷³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA Y LLOVERAS, op. cit, p. 12

época de la concepción, hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario”.

III. Matrimonio legítimo o *iustae nuptiae* en la Roma antigua: requisitos y efectos jurídicos

En la Roma antigua observamos que esa definición del Código Civil y Comercial del artículo 509 y siguientes guarda cierta consonancia con la definición de matrimonio legítimo o *iustae nuptiae* tanto de Modestino como de Justiniano. ¿Ello presumiría que se trata de la misma institución jurídica? Veamos. Nos dice Modestino: “*Nuptiae sun coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*” (“Las nupcias son unión del varón y de la hembra y consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano”).⁶⁷⁴

Justiniano las define como “*Nuptiae autem, sive matrimonium est viri et mulieri coniunctio individuae vitae consuetudinem continens*” (“Las nupcias o matrimonio consisten en la unión del hombre y de la mujer, llevando consigo la obligación de vivir en una sociedad indivisible”).⁶⁷⁵

Paulo nos agrega en el párrafo 2 de Comentarios al Edictum, libro XXXV que “*nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, coeunt, quorum que in potestate sunt*” (“Las nupcias no pueden subsistir si no consintieran todos, esto es los que se unen y aquellos bajo cuya potestad están”).⁶⁷⁶

⁶⁷⁴ GARCÍA DEL CORRALL, I. (2004). *Cuerpo de Derecho Civil Romano. Primera Parte. Digesto. Tomo II*. Valladolid: Editorial Lex Nova, p. 189.

⁶⁷⁵ JUSTINIANO (1976). *Institutas*. Traducción de M. Ortolán. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

⁶⁷⁶ GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*

Ulpiano nos ilustra remarcando el elemento esencial del *Consensus*, que lo entendemos como la voluntad expresada libremente del afecto marital, del querer estar en forma continua uno con el otro. En D. 35. 1.15 y 50.17.30 nos expresa esta regla: “*Nuptias non concubitus, sed consensus facit*” (“Es el consentimiento y no la unión sexual las que hacen las nupcias”) y “*Non coitus matrimonium, sed maritalis affectio*” (“No es la unión sexual la que hace el matrimonio sino el afecto marital”).

Se desprende de las definiciones de estos juristas romanos que el matrimonio legítimo o *iustae nuptiae* en Roma por lo menos hasta la época cristiana era una *res facti* o situación de hecho. Era la unión de hombre y mujer sellada por el consentimiento de ambos, expresado en forma libre y constante de querer estar uno junto al otro (se llamó *affectio maritalis* o afecto marital).

No era, en Roma, el matrimonio legítimo primitivamente hablando un acto jurídico. Era una unión de hecho del varón y la mujer que deseaban estar juntos para toda la vida y con consecuencias jurídicas. Afirma Di Pietro: “Todo lo relativo a la celebración, disolución y protección del matrimonio pertenece fundamentalmente a los mores –costumbres y rituales– con las consecuencias éticas y sociales que ello implica”.⁶⁷⁷

¿Está muy alejada esta concepción del matrimonio legítimo romano respecto de las uniones convivenciales de la actualidad? A *prima facie* pareciera que no, pero sigamos avanzando e indagando en el concepto de *iustae nuptiae* y podremos sacar una conclusión más refinada.

La principal distinción y característica de las *iustae nuptiae*, de esa unión de hecho de varón y mujer, era compartir las cosas humanas como la procreación de los hijos, la formación de la familia, el nacimiento de la *patria potestas*, el *manicipium* y la *domenica potestas*,

⁶⁷⁷ DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. 2ª edición. Buenos Aires: Depalma, p. 311.

todos poderes que solo se constituyen con *iustae nuptiae*. Además, la principal consecuencia del matrimonio legítimo era la *dignitas maritalis*, es decir, llevar a la mujer a la condición de su esposo. La mujer pasaba a formar parte del rango social y religioso de su esposo y, por lo tanto, compartir su religión, su culto. Compartía la esposa, a partir del matrimonio, las cosas divinas y religiosas.

De esta característica principal de matrimonio monogámico se deduce que si un hombre o una mujer formalizara una nueva unión, la última será entendida como la disolución de la anterior, pues cesaba la *affectio maritalis* anterior, para dar lugar a una nueva, la última, ya que no se concebía la bigamia. Ello porque la *affectio maritalis* debía sostenerse de por vida por ambos contrayentes. Era un consentimiento libre que debía ser expresado *ab initio* y que, según la definición de Paulo, debía ser sostenido durante toda la vida (*consortium omnis vitae*), y nos agrega Modestino, para que se considere no disuelta esa unión conyugal.

Se desprende de lo anteriormente dicho que, si faltara ese afecto marital o *affectio maritalis*, esa constante voluntad de querer estar uno con el otro, ese libre *consensus* de sostener la unión conyugal, se extinguiría el matrimonio o *iustae nuptiae*.

Ahora bien, para contraer matrimonio legítimo o *iustae nuptiae* en la Roma antigua se requería además de esa *affectio maritalis*, el consentimiento de ambos contrayentes y el del *pater familias*, en caso de *alieni iuris*. También que sean varón y mujer, es decir de distinto sexo, que ambos sean púberes —la mujer haber cumplido los 12 años y el varón 14— y tener el *ius connubi* o derecho a contraer *iustae nuptiae* que solo lo tenían los ciudadanos romanos.

Hasta acá, por lo que hemos visto, ¿se podría concluir el trabajo asimilando en gran medida las uniones convivenciales modernas con el matrimonio legítimo romano o *iustae nuptiae*? En una mirada rápida y sin detenimientos quizá podríamos decir que sí, principalmente por el elemento constitutivo de las *iustae nuptiae* que es la unión de hecho de dos personas —aunque en Roma debían ser de distinto

sexo— de carácter pública, notoria, estable por la *affectio maritalis* destinadas a llevar una vida en común y un proyecto de vida.

Podríamos ver una similitud entre la definición del artículo 509 del Código Civil y Comercial de la Nación y la definición de Modestino: “*Nuptiae sun coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”⁶⁷⁸ (“Las nupcias son unión del varón y de la hembra y consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano”). Ligeramente describiendo y analizando podríamos hacer la asimilación.

Pero al detenernos en profundidad observamos que las diferencias son mayores por los siguientes motivos: a) El matrimonio en Roma fue el único contemplado primitivamente en sus efectos por los *mores* y el *ius*; b) Solo las *iustae nuptiae* podían ser el constitutivo de la familia *proprio iure*, es decir, una familia con un jefe o *pater familias* y del que se derivaban potestades como la *patria potestas*, la *manus*, la *domenica potestas* y el *mancipium*. Solo el matrimonio legítimo podía dar origen a estas potestades; c) Solo el matrimonio legítimo otorga a la mujer el *honoris maritalis*; d) Solo por el matrimonio legítimo se otorga hacia la República romana por primera vez a la mujer legítima, acciones útiles del pretor para reconocerle derechos sucesorios en la *bonorum possessio* o sucesión pretoriana.

IV. Uniones convivenciales en la Roma antigua

En virtud de la pregunta formulada anteriormente —¿Las uniones convivenciales del artículo 509 del Código Civil y Comercial de la Nación son equiparables al matrimonio legítimo romano o *iustae nuptiae*?—, a pesar de haber contestado en una primera aproximación

⁶⁷⁸ MODESTINO, D. XXIII, II, 1.

que no es lo mismo, seguimos indagando. Ver y profundizar si en Roma, paralelamente a esta unión matrimonial o *iustae nuptiae*, surgieron algunas otras uniones por imperio de las costumbres, como lo serían las uniones convivenciales de la actualidad que corren paralelas al matrimonio legítimo. Investigar si en la sociedad romana de la Antigüedad se dio espacio a la existencia de otras uniones paralelas al matrimonio y, en ese caso, establecer si fueron reconocidas o no por el derecho y por lo tanto si se regularon dándoles efectos jurídicos.

Veamos entonces e indagemos que sucedió desde la Roma antigua.

Sucedía que cuando algunos de los requisitos para contraer *iustae nuptiae* no se reunía, no había matrimonio legítimo por mayor unión duradera que hubiera y voluntad de unión entre dos personas. Ello acontecía, por ejemplo, si faltaba el *ius connubi*, o la edad exigida de pubertad, o el caso de un gobernador de provincia que tenía prohibido por mandato imperial contraer matrimonio legítimo con una ciudadana domiciliada en su jurisdicción (Paulo D. 23. 2. 38 pr), o si se trataba de la unión de un ciudadano y una peregrina, u otros casos como la unión entre esclavos donde no había *ius connubi*, etc. Sin embargo, las uniones de estas personas sucedían, existían ya por imperio de las costumbres, por derecho natural a unirse por amor o por variadas causas. Significa entonces que estas uniones paralelas al matrimonio también existieron en Roma. Ahora correspondería saber si se les otorgó tratamiento jurídico, si fueron lícitas o ilícitas o si fueron ignoradas.

¿Cómo resolvió el hombre romano estas otras uniones, que se formaron paralelamente al matrimonio legítimo y no alcanzaron su estatus por faltar alguno del requisito del *ius civile*?

V. Uniones convivenciales propiamente dichas en la Roma clásica

Hacia la época clásica de Roma, especialmente a partir del siglo I, se contemplaron estas otras uniones de varón y mujer. Fueron diferentes al matrimonio legítimo, con ánimo de constituir una vida en común, ciertamente duradera pero que no alcanzaron el rango de *iustae nuptiae*.

Se concibieron como uniones lícitas pero no legítimas, es decir, no contrariaban el derecho civil romano ni a los *mores*. No eran ilegales; por el contrario, fueron reconocidas y reglamentadas. Se conocieron como *licitas consuetudo*; *causa non matrimonii*, nos dice el Codex 6. 57. 5. Modestino también las define así y Ulpiano hace lo propio en D. 32. 49. 4.

La principal diferencia con el matrimonio sería en sus efectos la ausencia de la *dignitas* debida a la mujer, esa característica especial del matrimonio que señalé más arriba, el honor o *dignitas matrimonii* de llevar a la mujer al rango social y religioso de su esposo. También que el matrimonio legítimo, a diferencia de las uniones lícitas, es el único que daría origen a la familia legítima donde se erige el poder de la *patria potestas*, del *mancipium* y la *manus*. Por último, aunque no tan definitorio, el derecho sucesorio de la esposa en *iustae nuptiae*, aunque es importante señalar que hacia el derecho posclásico, en materia sucesoria la conviviente romana comienza a gozar del ejercicio de acciones útiles otorgadas por el pretor, a fin de obtener la *bonorum possessio ab intestato*. Un derecho sucesorio consagrado definitivamente con Justiniano en sus novelas 118 y 127.

Otras uniones que existieron paralelas al matrimonio legítimo fueron:

a) *El concubinatio o licita consuetudo*

Se llamaba así a la comunidad de vida sexual duradera entre un

hombre y una mujer, pero que es distinta al matrimonio. No solo no estaba castigada esta unión legalmente, sino que tampoco estuvo reprobada por las costumbres. Era una *lícita consuetudo*. Un pasaje de Masurio nos dice respecto de esta unión que “no siendo mujer casada, vivía sin embargo con alguno, a la cual se la llama ahora con el nombre de *amica*, y algo más honestamente, concubina” (Paulo, D. 50. 16. 144). Incluso se dice que emperadores como Antonino Pío y Marco Aurelio tuvieron concubinas.

Primitivamente el concubinato, como nos refería Paulo, era regulado por las costumbres –*lícita consuetudo*– y no tuvo tratamiento jurídico como tampoco lo tuvo el matrimonio legítimo. Es recién con las leyes augusteas que se lo contempla y se le da un lugar. Específicamente la *Lex Iulia de adulteris* y la *Lex Iulia et Papia Poppaea* castigaban el caso de concubinato adúltero (es decir, si la unión era con una mujer casada) y el *stuprum* cuando la unión era con una mujer ingenua libre que nunca cayó en estado de esclavitud o con una viuda respetable. En estos casos la unión era castigada; no había concubinato, era una unión ilícita. En cambio, se regula que podría haber unión en concubinato con mujeres de baja condición social o libertas. Era el caso, por ejemplo, de un gobernador de provincia que tuviera uniones con éstas porque no podía en estos casos contraer matrimonio legítimo con una ciudadana de la provincia donde ejercía su cargo. Sí, en cambio, podía unirse en concubinato.

También bajo la ley augustea de *adulteris* una mujer en concubinato podía ser adúltera sin ser penada. Se permite el adulterio de la mujer en concubinato.

Los hijos de los concubinos seguían la condición de la madre respecto del parentesco y por lo tanto de las sucesiones. No había allí constituida una familia agnaticia ni tampoco *patria potestas*. Los hijos eran considerados ilegítimos –por no ser concebidos en *iustae nuptiae*– pero lícitos, naturales, *vulgo concepti* (vulgares de una situación inferior al matrimonio) pero no ilícitos. Sin embargo, por una constitución de Constantino hacia el siglo IV d. C. se admite

legitimar hijos provenientes de estas uniones lícitas concubinarias mediante un matrimonio subsiguiente, *per subsequem matrimonium*, en cambio no se pudieron legitimar los hijos de uniones consideradas ilícitas como las uniones incestuosas o adulterinas. He aquí la importancia que se le dio al concubinato en la Roma antigua y clásica.

Es con el advenimiento del cristianismo en Roma que se va a considerar al concubinato como disvalioso y de una categoría inferior al matrimonio legítimo.

Hacia la época de Justiniano se suprime toda noción que diferencie mujer honesta de deshonesta y se le terminará dando al concubinato una regulación legal, por ejemplo: a) El soltero podrá tener solo una concubina (Novela 18, 5; 89. 14. 4 y ss.), lo que se asemeja al matrimonio legítimo que en Roma era monogámico; b) El casado tiene prohibido vivir en concubinato (C. 5. 26. 1); c) La concubina debía haber cumplido los 12 años de edad, es decir, ser púber (Ulpiano, D. 25. 7. 1. 4), y tenía los mismos impedimentos de parentesco y afinidad que las *iustae nuptiae* (Ulpiano, 23. 2. 56 25. 7. 1. 3), a saber: era impedimento hasta el cuarto grado colateral, *ad infinitum* en línea recta, y hasta el segundo por afinidad; d) Respecto de los derechos hereditarios, el padre puede testar en favor de la concubina y de sus hijos, variando la cuota según la existencia de hijos legítimos, y en caso de que no hubiera testamento, para el caso de la sucesión *ab intestato* se le otorgará una cuota de 1/6 que se deberá repartir entre la concubina y sus hijos naturales (C. 5. 27. 12, año 530).

A partir de Justiniano se contempla para los concubininos un estatus de unión cercana al matrimonio. Hasta se llegan a introducir derechos hereditarios y requisitos para la unión semejantes a los requeridos para las *iustae nuptiae* como los impedimentos de parentesco y afinidad.

b) *Matrimonio sine connubio*

Específicamente era para quienes carecían de *ius connubi* (ciudadanía romana), por ejemplo, la unión entre peregrinos o de un latino y una ciudadana romana. Eran uniones lícitas que no llegaban a ser matrimonio, pero que si lograban los integrantes de esta unión adquirir la ciudadanía romana, podían convertirla en matrimonio legítimo. Tuvo regulaciones similares al concubinato. Desaparece cuando la *Constitutio* de Caracalla del 212 declara ciudadanos a todos los hombres libres del Imperio.

c) *El contubernium*

Así se llamaba a la unión lícita entre los esclavos o entre una persona libre y otra esclava. Los esclavos no podían unirse en matrimonio legítimo porque se requería ser libre y ciudadano romano, pero su unión no era antijurídica. Es más, a los hijos de esclavos se les reconoce el parentesco sanguíneo o *cognatio servilis* a los fines de contemplar el requisito de parentesco para unirse. Por ejemplo, para impedir la unión entre dos hermanos esclavos o entre padre e hija, etc., cuando adquirieran la libertad (Pomponio, D. 23.2 8, 14. 2. 3, Instit. 1 .2. 19).

De todo lo manifestado vemos que en Roma, desde la más remota Antigüedad, existieron las uniones lícitas que no fueran consideradas matrimonios legítimos pero que tampoco se concibieron como antijurídicas.

Paralelamente a las *iustae nuptiae*, únicas contempladas por el primitivo derecho civil romano como fuente y origen de la familia, surgen consuetudinariamente, porque la vida social y la propia naturaleza del ser humano lo exigen, la formación de otras uniones que debieron ser reconocidas y reguladas en el marco de la ley. Así se

hizo desde las leyes augusteas en adelante y se consagra su regulación a partir de Justiniano.

VI. Conclusión

Una vez más reconozco al derecho romano ser la fuente jurídica de la mayoría de las instituciones actuales, aún de las más modernas regladas por el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, como es el caso que me trae a exponer, es decir, las uniones convivenciales. Me atrevería a decir que el derecho romano aún fue más lejos que nuestro derecho argentino positivo y vigente, llegando a regular el derecho sucesorio de la conviviente, de la concubina, que en la actualidad no es contemplado en nuestro derecho ciudadano. A fin de abundar en la diferencia regulatoria con el derecho romano agrego que específicamente en todas las discusiones doctrinarias previas a la sanción de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación Argentina –según podemos observar en los fundamentos de su anteproyecto– se focalizó específicamente sobre la cuestión sucesoria. Marcar bien la diferencia en el ámbito de la vocación hereditaria entre matrimonio y unión convivencial.

Por otro parte, concluir sobre la diferencia, ya marcada a lo largo del trabajo, entre las uniones convivenciales regladas por el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 509 y siguientes con el matrimonio romano o *iustae nuptiae*. Los efectos jurídicos que observamos en las *iustae nuptiae* no se condicen con las uniones convivenciales del Código.

Asimismo, remarcar que las *iustae nuptiae*, como hemos analizado, también convivieron simultáneamente con uniones convivenciales como el concubinato, el matrimonio *sine connubio* y el contubernio, entre las más conocidas, con sus regulaciones específicas exigidas por la costumbre.

El derecho romano, como un derecho que se gestó desde la praxis, desde la casuística, desde la resolución del caso concreto teniendo siempre como base la *iustitia* y la *aequitas*, no dejó de contemplar todas las situaciones jurídicas humanas que se pudieran presentar en el devenir social. Es el caso de este análisis, la regulación de uniones lícitas, duraderas, estables, públicas y notorias paralelas al matrimonio legítimo, hoy llamadas uniones convivenciales. Tampoco debemos desconocer que muchas instituciones jurídicas que se precian de ser modernas y de vanguardia no escapan de su origen romanístico. Es por todo ello que el derecho romano se ha sabido erigir como derecho fuente del que no se puede prescindir estudiar en una Facultad de Derecho, cuya misión es formar juristas más que abogados.

VIII. Bibliografía

Fuentes

Código Civil de la República Argentina

Código Civil y Comercial de la República Argentina

Código Civil de España

Código Civil de la República Oriental del Uruguay

Constitución Nacional de la República Argentina

GAYO (1975). *Institutas*. Traducción de Alfredo Di Pietro Alfredo. La Plata: Librería Jurídica

JUSTINIANO (2004). *Cuerpo del Derecho Civil*. Traducción de I. García del Corral. Barcelona: Lex Nova.

JUSTINIANO (2005). *Instituciones*. Traducción de M. Ortolán. Buenos Aires: Heliasta.

Doctrina

ARIAS RAMOS, J. Y ARIAS BONET, J. A. (1981). *Derecho Romano*. Tomo II. Madrid: Revista de Derecho Privado.

BOTTA, M. y WARLEY, J. (2007). *Tesis, tesinas, monografías e informes. Nuevas normas y técnicas de investigación*. Buenos Aires: Biblos.

CARNELUTTI, F. (2008). *Metodología del Derecho*. Buenos Aires: Valetta.

COSTA, J. C. (2016). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. 2ª edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

COULANGES, F. de (2007). *La ciudad antigua*. Buenos Aires: Porrúa.

D'ANTONIO, D. (1986). *Derecho de menores*. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea.

DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. 2ª edición. Buenos Aires: Depalma.

GIBBON, E. (2006). *Juicio histórico del Derecho Romano. Capítulo XLIV de la Historia de la decadencia y caída del Imperio Romano*. Madrid: Marcial Pons.

HERRERA, M. (2014). *Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Infojus.

IGLESIAS, J. (1972). *Derecho Romano*. 6ª edición. Barcelona: Ariel.

JELIN, E. (1998). *Pan y afectos. La transformación de las familias*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LLOVERAS, N. (2014). *Tratado de Derecho de Familia. Tomo II. Artículos 509-593*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

LEPIN MOLINA, C. (2014). “Los nuevos principios del derecho de familia”. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23.

LORENZETTI, R. (dir.), DE LORENZO, M. y LORENZETTI, P. (coord.) (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo IV. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

MÉNDEZ COSTA, M. J., FERRER, F. y D'ANTONIO, D. (2006). *Derecho de Familia. Tomo IV*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

MÉNDEZ COSTA, M. J. (2006). *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

PONSSA DE LA VEGA MIGUENS, N. (1970). *Reglas de Ulpiano*. Buenos Aires: Lerner.

PETIT, E. (1994). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

RIVERA, J. C. y MEDINA, G. (dir.) (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley.

SCHULZ, F. (1960). *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch.

ZANNONI, E. (2006). *Derecho de Familia*. 5ª edición. Buenos Aires: Astrea.

Los animales no humanos y el derecho desde Roma a la actualidad

Por Julieta Salomé Rodríguez⁶⁷⁹

*Pero llegará un momento en que nos asombraremos
de que la humanidad haya tardado tanto tiempo
en considerar incompatible con la ética
el daño que hoy causamos
sin reflexionar a la vida que nos rodea⁶⁸⁰
Albert Schweitzer⁶⁸¹*

⁶⁷⁹ Abogada (UFLO Universidad). Integrante del proyecto de investigación “Una mirada romanista a las reglas y principios en el Código Civil y Comercial de la Nación. Primera parte”, dirigido por la Dra. Mirta Beatriz Alvarez. Docente de Derecho Ambiental en UFLO Universidad.

⁶⁸⁰ SCHWEITZER, A, (1958). *El camino hacia ti mismo*, Bueno Aires: Sur, p. 104

⁶⁸¹ Albert Schweitzer fue un filósofo, teólogo, médico, músico, historiador, Premio Nobel de la Paz de 1952 y misionero-médico en el hospital Lambarené (Gabón). Dedicó su vida a articular y propagar el ideal moral de la reverencia por la vida (*Ehrfurcht vor dem Leben*), del respeto por cualquier voluntad de vivir, tanto la que él descubría dentro de sí mismo como la que barruntaba en cada ser vivo.

I. Introducción

El propósito del presente trabajo es hacer un relevamiento del tratamiento jurídico de los animales no humanos (en adelante, ANH) desde Roma a la actualidad.

Analizaremos el estatus que tenían en la Antigüedad y el que tienen en la actualidad en nuestro orden jurídico, donde vamos a ver reflejada una llamativa contradicción: son cosas para el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN), pero son víctimas para el derecho penal (Ley 14.346).

Asimismo, a través del análisis de los fallos judiciales más emblemáticos de la materia, como el de la orangutana Sandra y el de la chimpancé Cecilia, y de los proyectos de ley que buscan reformar la ley de maltrato animal y el CCCN, de los cuales el conocido como “Ley Sintientes” es el más novedoso, vamos a poder conocer cuáles son los alcances del derecho animal en nuestro orden jurídico actual y qué podemos esperar para el futuro de esta incipiente rama del derecho.

Para comenzar, es importante hacer algunas aclaraciones previas. La temática que vamos a abordar en este trabajo, además de compleja, es multidisciplinar. Por lo tanto, al no ser una cuestión exclusiva del derecho y al no pretender agotar el tema en esta investigación, muchos conceptos, argumentos e ideas vinculadas con el movimiento animalista y sus vertientes pueden quedar fuera de este análisis que es introductorio a la materia.

Asimismo, no está de más aclarar que el abordaje de la cuestión animal está hecho desde un punto de vista, al cual adhiero, sin soslayar la existencia de otras posturas diferentes e inclusive opuestas a la que aquí se intentará desarrollar. Todas son válidas y el diálogo entre ellas es lo que nos permitirá avanzar en el reconocimiento de los derechos de los demás animales.

Otro aspecto importante para tener en cuenta es que, como en todo movimiento incipiente que busca establecerse y desarrollarse, la cuestión del lenguaje es de suma importancia. Hablar de “animales no

humanos”, o mejor aún, de los “demás animales”, no es azaroso: es la forma de recordarnos a los seres humanos, destinatarios del mensaje expresado a través del lenguaje, que nosotros también somos animales.

Y en este punto es válido introducir uno de los pilares donde se sostienen las posturas antiespecistas,⁶⁸² que es la teoría de la evolución de Darwin, quien sostuvo que la diferencia entre el ser humano y el resto de las especies es de grado, no de naturaleza, superando de esta forma la concepción cartesiana de los ANH como máquinas autómatas.

Yendo a lo que es la evolución del movimiento animalista, podríamos ubicar al cambio de paradigma con respecto a la consideración moral de los ANH a partir de la década del 70 del siglo veinte. El libro *Liberación animal*, del australiano Peter Singer, es uno de los hitos que van a dar origen a este movimiento que, entre otras cuestiones, va a fundar el derecho de los animales a ser considerados moralmente en su sintiencia, esto es, la capacidad de tener experiencias subjetivas (de placer o dolor) y de tener conciencia de sí mismos. Singer retoma las ideas de Jeremy Bentham (1784-1832), filósofo inglés fundador del utilitarismo moderno, que ya había reivindicado de algún modo la idea sobre la consideración moral de los ANH. Más adelante también se hará referencia a otros precursores en la cuestión como lo fueron Ovidio, Plutarco, Séneca, Pitágoras y Porfirio. Para Bentham, la pregunta que hay que hacerse para responder si corresponde o no considerar moralmente a los ANH no es si pueden hablar o razonar, sino si pueden sufrir.⁶⁸³

⁶⁸² El término “especismo” surgió en 1970 por el psicólogo inglés Richard Ryder, quien explicó que se ejerce, por una parte, una moral aplicada en relación con los humanos, y por otra, una batería de reglas morales diferentes en relación con los demás animales. Es decir, según este autor, “una discriminación moral basada en la diferencia de especie animal”.

⁶⁸³ “Puede llegar el día en el que el resto de la creación viva adquiriera esos derechos

Sobre la idea de la sintiencia y la conciencia de los ANH, cabe mencionar dos declaraciones recientes, una científica y otra jurídica, que también van a ser fundamento de la búsqueda de reconocimiento de la personalidad jurídica de los ANH.

La Declaración de Cambridge sobre la Conciencia Animal es un manifiesto firmado el 7 de julio de 2012 por trece neurocientíficos de renombradas instituciones (MIT, Caltech, Instituto Max Planck, entre otras) en la cual afirmaron la existencia de “conciencia” en diversos animales no humanos:

Declaramos lo siguiente: La ausencia de un neocórtex no parece prevenir que un organismo experimente estados afectivos. Evidencia convergente indica que los animales no humanos poseen los substratos neuroanatómicos, neuroquímicos y neurofisiológicos de estados conscientes, así como la capacidad de exhibir comportamientos deliberados. Por consiguiente, el peso de la evidencia indica que los seres humanos no son los únicos que poseen los substratos neurológicos necesarios para generar conciencia. Animales no humanos, incluyendo todos los mamíferos y pájaros,

que nunca se le podrían haber negado de no ser por la acción de la tiranía. Los franceses han descubierto ya que la negrura de la piel no es razón para abandonar sin remedio a un ser humano al capricho de quien lo atormenta. Puede que llegue un día en que el número de piernas, la vellosidad de la piel, o la terminación del os *sacrum* sean razones igualmente insuficientes para abandonar a un ser sensible al mismo destino. ¿Qué otra cosa es la que podría trazar la línea infranqueable? ¿Es la facultad de la razón, o acaso la facultad del discurso? Un caballo o un perro adulto es sin comparación un animal más racional, y también más sociable, que una criatura humana de un día, una semana o incluso un mes. Pero aun suponiendo que no fuera así, ¿qué nos esclarecería? No debemos preguntarnos ¿pueden razonar?, ni tampoco ¿pueden hablar?, sino, ¿pueden sufrir?”. BENTHAM, J. (1988). *The Principles of Moral and Legislation*. Nueva York: Prometheus books, pp. 310-311.

y muchas otras criaturas, incluyendo los pulpos, también poseen estos sustratos neurológicos.⁶⁸⁴

De acuerdo con esta Declaración, las investigaciones realizadas han demostrado la capacidad de los organismos del reino animal para percibir su propia existencia y la del mundo que los rodea.⁶⁸⁵

La Declaración de Toulon está concebida como una respuesta de académicos jurídicos a la Declaración de Cambridge. Fue proclamada oficialmente el 29 de marzo de 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toulon (Francia). Su texto dice lo siguiente:

PREÁMBULO

Nosotros, universitarios del área del derecho, quienes participamos en el trío de coloquios desarrollado en la Universidad de Toulon para abordar el tema de la personalidad jurídica de los animales.

Considerando las actividades desarrolladas hasta ahora por otras disciplinas, en especial por parte de los investigadores en neurociencia.

Conscientes de las disposiciones en la Declaración de Cambridge del 7 de julio de 2012, en la cual los investigadores concluyen que “los humanos no somos los únicos en poseer la base neurológica que da lugar a la consciencia”, y que dicha base se comparte con los “animales no humanos”.

⁶⁸⁴ La Declaración de Cambridge sobre la Conciencia fue escrita por Philip Low y editada por Jaak Panksepp, Diana Reiss, David Edelman, Bruno Van Swinderen, Philip Low y Christof Koch. La Declaración fue proclamada públicamente en Cambridge, Reino Unido, el 7 de julio, 2012, durante la Conferencia Francis Crick sobre Conciencia en Animales Humanos y no Humanos, en el Colegio Churchill, Universidad de Cambridge, por Low, Edelman y Koch. La Declaración fue firmada por los participantes de la conferencia esa misma noche, en presencia de Stephen Hawking, en la Habitación Balfour del Hotel du Vin en Cambridge, Reino Unido.

⁶⁸⁵ BILICIC, L. (dir.) (2020). *Protección Jurídica de los Animales No Humanos*. Buenos Aires: Ediciones DyD, p. 66

Lamentando que el derecho aún no se apropie de este desarrollo para lograr una evolución significativa del corpus jurídico relativo a los animales.

Observando que, en la mayoría de los sistemas jurídicos, los animales todavía se consideran como cosas y carecen de personalidad jurídica, siendo ésta la única forma posible de conferirles los derechos que merecen por su calidad de seres vivos.

Convencidos de que el derecho ya no puede seguir ignorando los avances de la ciencia que podrían mejorar la apreciación de los animales, y considerando que estos conocimientos han sido pobremente empleados hasta la fecha. Considerando, finalmente, que la incoherencia que existe actualmente en los sistemas jurídicos nacionales e internacionales no puede justificar la falta de acción, y que es necesario activar cambios para que se tomen en cuenta la sensibilidad y la inteligencia de los animales no humanos.

Declaramos,

Que los animales deben considerarse universalmente como personas y no como cosas.

Que es urgente terminar de una vez por todas con el predominio de la cosificación.

Que el conocimiento actual demanda una perspectiva jurídica nueva respecto a los animales.

Que, en consecuencia, de lo anterior, debe reconocerse la condición de persona, en términos jurídicos, de los animales.

Que, de esta forma, allende las obligaciones que se imponen a las personas humanas, se reconocerán derechos propios a los animales, lo que implica la consideración de sus intereses.

Que los animales deben considerarse personas físicas no humanas.

Que los derechos de las personas físicas no humanas serán considerados diferentes a los de las personas físicas humanas.

Que el reconocimiento de la personalidad jurídica de los animales es una etapa indispensable para alcanzar la coherencia del sistema de derecho.

Que esta dinámica se inscribe en una lógica jurídica que abarca tanto el plano nacional como el internacional.

Que la marcha hacia la personificación jurídica es la única vía capaz de aportar soluciones satisfactorias y favorables para todas las partes.

Que toda reflexión en torno a la biodiversidad y el futuro del planeta debe pasar por la integración de las personas físicas no humanas.

Que de esa forma se acentuará el vínculo existente con la comunidad de los seres vivos, el mismo que puede y debe materializarse en el derecho.

Que, desde la perspectiva del derecho, la situación jurídica de los animales cambiará en la medida en que se los eleve al rango de sujetos de derecho.

FIN⁶⁸⁶

Cabe mencionar también que previamente hubo otras dos Declaraciones: la Declaración Universal de los Derechos de los Animales,⁶⁸⁷ adoptada por la Liga Internacional de los Derechos de los Animales en 1977, que contiene en sus disposiciones tres ideas que se relacionan con el derecho a la vida, la prohibición de maltrato y la protección de las libertades de los animales, y la Declaración Universal sobre Bienestar Animal, una propuesta de acuerdo intergubernamental que reconoce que los ANH son seres capaces de sentir y sufrir, con necesidades de bienestar que deben ser respetadas.

Llegado a este punto, y para finalizar esta introducción, es importante diferenciar dentro del movimiento animalista dos posturas

⁶⁸⁶ La Declaración de Toulon fue proclamada oficialmente el 29 de marzo de 2019, durante la sesión solemne del coloquio sobre “La personalidad jurídica de los animales (II)”, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toulon (Francia), con la participación de Louis Balmond, Caroline Regad y Cédric Riot. BILICIC, *op. cit.*, pp. 67-68.

⁶⁸⁷ Si bien no cumple con las formalidades exigidas para ser considerada una Declaración Universal en términos de derecho internacional público, fue tenida en cuenta en los considerandos del Decreto 1088/2011 que creó el Programa Nacional de Tenencia Responsable y Sanidad de Perros y Gatos, lo que le otorga validez para ser considerada en nuestro derecho, al menos como guía.

antagónicas, aunque asemejadas: el bienestarismo y el abolicionismo. Estas dos posiciones se representan fácilmente por los lemas que las sintetizan, “jaulas más grandes” vs. “jaulas vacías”, respectivamente.

El bienestarismo se define como una corriente diversa enfocada en el buen bienestar de las especies no humanas, desde sus condiciones salubres, longevidad, reproducción, fisiología y uso. Sus principios, conocidos como las “cinco libertades”, son:

1. Estar libres de hambre y sed
2. Estar libres de incomodidad
3. Estar libres de dolor, lesiones y enfermedades
4. Libertad de expresar un comportamiento normal
5. Estar libres de miedo y angustia.

Por otra parte, el abolicionismo es la acción y efecto de abolir la explotación de las especies no humanas como resultado del reconocimiento de sus derechos.⁶⁸⁸

Esta corriente, en la que se encuentra el profesor Gary Francione de la Universidad de Rutgers, propone la abolición de toda forma de explotación humana. Este cambio de paradigma comienza con el veganismo como imperativo moral que representa el reconocimiento de que no existe una justificación moral para usar a los ANH.

La corriente bienestarista es criticada y considerada especista porque termina justificando la explotación de los ANH, en la medida en que se verifiquen las llamadas “cinco libertades”.

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que, en la legislación comparada en materia de protección animal, la corriente bienestarista es tendencia en la actualidad.

⁶⁸⁸ Diplomado Derecho Animal. Grupo Professional. Dra. Lorena Bilicic. Material Clase 1.

II. Evolución del tratamiento de los ANH en el derecho

II. 1. Los ANH en las fuentes del derecho romano

Como punto de partida de este apartado podemos afirmar que la consideración que los ANH han tenido a lo largo de la historia de la humanidad no ha variado sustancialmente.

Más allá de algunas excepciones, los ANH no han sido dignos de consideración moral en la filosofía, por lo tanto, tampoco han recibido un trato distinto al de “bienes” o “cosas” en el derecho.

Su mayor o menor consideración en las normas jurídicas va a estar vinculada con su condición de objeto susceptible de tener valor y ser propiedad de alguien (y lo que eso implica). En definitiva, las normas que podemos encontrar en la evolución del derecho que protejan a ciertos ANH lo van a ser en función de la defensa de los derechos de sus propietarios sobre ellos o de la responsabilidad de éstos por los daños causados por los animales de su propiedad.

En el derecho romano, los animales “no humanos” se clasificaban en dos categorías: *ferae naturae* y *domitae naturae*.⁶⁸⁹

Los animales *ferae naturae* eran aquellos que se consideraban salvajes y que no estaban sometidos al control humano, como los osos, los leones, los elefantes y los camellos. Se consideraba que estas especies no pertenecían a nadie y podían ser cazadas por cualquier persona (Gayo, Inst. 2. 16).

Por otro lado, los animales *domitae naturae* eran aquellos que habían sido domesticados o criados en cautiverio y que estaban bajo el control humano, como los caballos, las vacas, las ovejas y los perros. Se consideraba que estas especies eran propiedad de sus dueños y podían ser objeto de compra, venta y herencia (Gayo, Inst. 2. 15).

⁶⁸⁹ GAYO, Inst. 2. 15 y 2. 16.

En definitiva, eran cosas con el mismo estatus jurídico de cualquier objeto o sujeto carente de personalidad jurídica, como lo eran en su tiempo los esclavos. Se los utilizaba para el trabajo, como alimento y también para la diversión como sucedía en los famosos juegos romanos donde se los mataba de diversas formas y en cantidades exorbitantes.⁶⁹⁰

Dentro de las clasificaciones de las cosas del derecho privado, en el derecho arcaico se encuentra aquella diferencia entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*. Dentro de las primeras encontramos a los ANH considerados “ganado mayor” (bovinos, caballos, asnos, mulas). Estas cosas se transmitían por *Mancipatio* o *in iure cessio*, que eran los modos de adquisición del *ius civile*. Todas las demás eran *res nec Mancipi* y se transmitían por la *traditio*.⁶⁹¹ En época posclásica la *Mancipatio* ya ha desaparecido y Justiniano la suprime de las fuentes y la reemplaza por la *traditio*.

La responsabilidad por los perjuicios causados por animales toma por base las ideas centrales de la responsabilidad noxal. Las XII Tablas conocen una *actio de pauperie* (acción por causa de daños de animales) que se funda en el deber del dueño de, o bien entregar a la víctima el animal doméstico que ha ocasionado los perjuicios (*in noxam dedere*), o bien resarcir dichos daños en dinero (*noxam sarcire*).⁶⁹²

En cuanto a la muerte sufrida por esclavo o animal ajenos, la *Lex Aquilia* exigía que solo fuesen castigados cuando hubieran sido cometidos con *iniuria*, en el sentido de daño consciente en los derechos ajenos (derecho de propiedad).⁶⁹³

⁶⁹⁰ ESPINA, N. (2022). *Derecho Animal. El bien jurídico en los delitos de maltrato*. Buenos Aires: Ediar, p. 20.

⁶⁹¹ KASER, M. KNUTEL, R. y LOHSSE, S. (1982). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Reus, p. 223.

⁶⁹² *Ibidem*, op. cit., p. 520.

⁶⁹³ *Ibidem*, op. cit., p. 383.

Excepcionalmente, vamos a encontrar una situación diferente en la consideración de los ANH en el derecho romano cuando bajo la influencia de Ulpiano se los reconoce como sujetos del derecho natural y se recepta en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano.⁶⁹⁴

En *Derecho Privado Romano*, de Max Kaser, Rolf Knütel y Sebastian Lohsse,⁶⁹⁵ encontramos la siguiente explicación:

Cicerón y los juristas de escuela romana llaman *ius naturale*, tanto a las manifestaciones del *ius Gentium*, que se basan en la *naturalis ratio* (a menudo en el sentido de la “naturaleza de las cosas”), como a los conceptos e instituciones jurídicas que, más allá de eso, son válidas para todos los hombres. En todo caso, este Derecho natural no se encuentra sistemáticamente estructurado.

Según una concepción amplia, que solo encontramos expresada por el jurista clásico tardío Ulpiano, el Derecho natural es el que la naturaleza enseñó a todos los seres vivos. También esto fue adoptado de la filosofía griega, como nos dice el testimonio de Cicerón (rep. 3, 19) respecto a que tanto Pitágoras como Empédocles explicaron que hay una condición jurídica común para todos los seres vivos (*unam omnium animalium condicionem iuris esse*).

D. 1, 1, 1, 3

Es derecho natural aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales que nacen en la tierra y en el mar, y también a las aves. De ahí deriva la unión del macho y de la hembra que nosotros denominamos matrimonio; de ahí la procreación de los hijos y de ahí su educación. Pues vemos que también los otros animales, incluso los salvajes, parecen tener conocimiento de este derecho (*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune*

⁶⁹⁴ ESPINA, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁹⁵ KASER, KNÜTEL y LOHSSE, *op. cit.*, pp. 102-104.

est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censerì).

Sin embargo, no puede decirse que los juristas romanos hubieran extraído cualquier clase de conclusiones a partir de este amplio concepto del derecho natural que comprende el “derecho de los animales”.⁶⁹⁶

II. 2. Tratamiento de los ANH en la vida cotidiana de Roma

Peter Singer, en su libro *Liberación animal*, sostiene que el espíritu de los ciudadanos romanos se fortalecía, supuestamente, mediante los llamados “juegos”. Y cita un relato del historiador del siglo diecinueve William Lecky, en el cual describe el desarrollo de los juegos romanos desde su comienzo:

El combate simple finalmente se hizo insípido, y se concibieron todas las variantes posibles de atrocidades para estimular el interés decaído. A veces un oso y un toro, encadenados juntos, rodaban por la arena en una lucha feroz; otras, criminales vestidos con pieles de animales salvajes eran arrojados a los toros, enloquecidos debido a hierros candentes o a dardos con puntas untadas de pez ardiendo. Cuatrocientos osos fueron sacrificados en un solo día con Calígula. Con Nerón 400 tigres lucharon contra toros y elefantes. En un solo día, en la consagración del Coliseo por Tito, perecieron 5.000 animales. Con Trajano, los juegos se prolongaron durante 123 días sucesivos. Leones, tigres, elefantes, rinocerontes, hipopótamos, jirafas, toros, venados, incluso cocodrilos y serpientes, eran utilizados para dar novedad al espectáculo. Tampoco se escatimaba ninguna forma de sufrimiento humano. Diez mil hombres lucharon durante los juegos de Trajano. Nerón iluminó sus jardines durante la noche con cristianos que

⁶⁹⁶ *Ibidem*, op. cit., pp. 103-104.

ardían bajo sus camisas untadas de pez. Bajo el mandato de Domitiano se obligó a luchar a un ejército de enanos enfermizos. Tan intensa era la sed de sangre que la popularidad de un príncipe sufría menos si se descuidaba la distribución de grano que si se descuidaba los juegos.⁶⁹⁷

Pero no todos los ANH eran maltratados en Roma. Ángel Pascual Peña, en su artículo “Las mascotas en la Antigua Roma”,⁶⁹⁸ dice que el perro era la “mascota” estrella de los romanos.

Durante el siglo I a. C. se había puesto de moda entre las clases acomodadas tener un perro que sirviera como guardián del hogar. Así lo demuestran los mosaicos de perros que se han encontrado en algunas casas romanas con la inscripción *cave canem* (cuidado con el perro). Estos *Molossus*⁶⁹⁹ eran cánidos de fuerte complexión, dotados de desgarradores colmillos, orejas cortas y erguidas y piernas de características felinas.

También existieron pequeños perros, los *canis catelli*, cuyo único cometido era ser animales de compañía. Para esto solo era suficiente que fueran dóciles y fieles.

Los perros también eran muy apreciados en las cacerías, especialmente los galgos.

Los romanos fueron los primeros en la Antigüedad en utilizar perros para la guerra. Polieno los llamaba los “perros soldados”, ya que cumplían misiones de defensa, ataque y enlace.⁷⁰⁰

⁶⁹⁷ SINGER, P (2018). *Liberación animal*. Barcelona: Penguin Random House, pp. 220-221.

⁶⁹⁸ PEÑA, A. (2018). “Las Mascotas en la Antigua Roma.” En *Academia Play*. Disponible en: <https://academiaplay.es/mascotas-antigua-roma/>.

⁶⁹⁹ Su nombre procede de Molosia, en la antigua región de Epiro (Grecia), donde los grandes perros eran conocidos por cuidar las ovejas y combatir en las guerras.

⁷⁰⁰ “Animales de Compañía en Egipto y la Antigua Roma.” Disponible en: <https://unaderomanos.wordpress.com/2017/02/20/animales-de-compania-en-egipto-y-la-antigua-roma/>.

La plebe, con escasos recursos económicos, en lugar de perros tenía ocas, que por su carácter territorial y su fuerte graznido las convertían en excelentes y económicos guardianes, además de proporcionar huevos a sus dueños.

Ya en el siglo I d. C. comenzaría a conocerse el gato doméstico⁷⁰¹ y los pájaros eran muy habituales en los hogares romanos. No solo palomas y pajaritos, sino también patos, cuervos y codornices podían ser “mascotas” de los niños romanos.

Por último, cabe hacer una breve referencia a las “mascotas” de los romanos más conocidos. Julio César tuvo una jirafa. Augusto puso de moda los cuervos y los periquitos. Tiberio tenía una serpiente. Calígula y su caballo *Incitatus*, nombrado cónsul, han quedado en la historia. Domiciano tuvo un león como mascota, al igual que Caracalla. Valentiniano tenía dos osas enjauladas junto a su dormitorio.

II. 3. La cuestión de la personalidad jurídica de los ANH

Tal como sostiene la Dra. Lorena Bilicic,⁷⁰² el término “persona” es una ficción jurídica por la cual el legislador a través del derecho le otorga a un ente el carácter de centro de imputación de normas. Además, destaca que el término no tiene raigambre humana, dado que existen para la ley personas jurídicas que no poseen rasgos de humanidad y sin embargo son consideradas como tales. En ese sentido,

⁷⁰¹ ROBLES VELASCO, L. M. (2023). “Sobre los pretendidos derechos de los animales como sujetos de derecho. *Animalia quorum non est fera natura*”. En XXIV Congreso Internacional y XXVII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Sevilla, 2023. Allí sostiene: “También los legionarios romanos llevaban estos pequeños felinos, porque su finalidad era combatir las plagas de roedores en los campamentos y cuarteles”

⁷⁰² BILICIC, *op. cit.*, pp. 26-27.

cita a Hans Kelsen, quien afirmó que “el objeto de la ciencia jurídica no es el hombre, sino la persona. La distinción de hombre y persona constituye uno de los conocimientos metódicos más importante de dicha ciencia”.

La capacidad de hecho o de ejercicio no sería una limitante para otorgarles personalidad jurídica a los ANH, puesto que no serían los únicos sujetos que para el derecho no pueden contraer obligaciones. Ejemplo de ello es lo que sucede con los menores de edad, las personas por nacer y aquellas con alteraciones mentales graves, que son consideradas sujetos de derecho pese a no poder contraer obligaciones.

Oscar Horta,⁷⁰³ por su parte, afirma:

Se presume que hay alguna clase de identificación entre la pertenencia a la especie humana y la personalidad jurídica. Se piensa esto, en particular, creyendo que la palabra “persona” significa lo mismo en el ámbito jurídico y en el del lenguaje coloquial (en el cual se emplea de forma habitual como sinónimo de “ser humano”). Así se entiende que, a lo largo de la historia como en la actualidad, podamos encontrar claros ejemplos que desmienten la idea de la identificación entre seres humanos y personas legales. En distintos lugares y momentos, muchos seres humanos, como las mujeres o aquellos de ascendencia no europea han carecido de personalidad jurídica. Y hoy en día hay toda una serie de entidades no humanas que sí la poseen, como las empresas, fundaciones y entidades públicas, entre otras. No parece haber, pues, impedimentos lógicos para que los ANH puedan también tener personalidad jurídica. Si los argumentos críticos con el antropocentrismo son correctos, entonces parece que habrá razones de peso para efectivamente dar ese paso. El cambio en ese sentido en el plano del derecho

⁷⁰³ Filósofo y profesor del Departamento de Filosofía y Antropología de la Universidad de Santiago de Compostela (USC). Es conocido por su trabajo en ética animal, especialmente en torno a la cuestión del sufrimiento de los animales salvajes, además de autor de varios libros y artículos referentes a la temática animal.

se encontrará vinculado a los cambios que se den en el campo moral de las actitudes y en el socioeconómico.⁷⁰⁴

Jesús Mosterín,⁷⁰⁵ en “Los derechos de los animales”,⁷⁰⁶ hace referencia a la importante distinción que los filósofos griegos del siglo V a. C. establecieron entre la naturaleza (*physis*) y la convención o ley (*nómos*). Así, mientras que las propiedades naturales se tienen con independencia de nuestros acuerdos, las convencionales se tienen o dejan de tener según lo que convengamos.

Remarca que los derechos los creamos nosotros mediante nuestras convenciones legislativas. En consecuencia, lo que plantea Mosterín es que la pregunta que debemos hacernos no es qué derechos tienen estos o aquellos, sino qué derechos queremos que tengan.

Por otra parte, cuando considera la discusión de los derechos de los animales, dice que “a veces, haciendo un juego de palabras superficial basado en la correlación lingüística entre obligación (o deber) y derecho, se dice que quien no tiene obligaciones no tiene derechos.

⁷⁰⁴ GONZÁLEZ SILVANO, M. V. (dir.) (2019). *Manual de Derecho Animal*. Buenos Aires: Jusbaire, pp. 62-63

⁷⁰⁵ Filósofo, antropólogo y matemático español (1941-2017). Estudió filosofía en la Universidad Complutense de Madrid y se doctoró en la Universidad de Barcelona. Completó su formación y realizó tareas de investigación en Alemania (estudió lógica matemática en el Institut für Mathematische Logik und Grundlagenforschung de la Universidad de Münster), en Estados Unidos (en el Massachusetts Institute of Technology) y Francia. Desarrolló su actividad como profesor, investigador y conferenciante en instituciones académicas europeas, asiáticas y americanas. Fue catedrático de Lógica y Filosofía de la Ciencia en la Universidad de Barcelona y profesor de investigación en el Instituto de Filosofía del Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España.

⁷⁰⁶ MOSTERIN, J. (2015). “El derecho de los animales.” En BALTASAR, B. (coord.). *Los derechos de los animales*. Madrid: Marcial Pons, pp. 47-65.

Este juego de palabras no prueba nada. Es como si se argumentase, basándose en la correlación lingüística entre hijo y padre, que quien no tiene hijos tampoco puede tener padres.⁷⁰⁷

Y también hace referencia a que, en el pasado, los defensores de la consideración moral de los animales habían sido partidarios de concederles derechos. En ese sentido, cita a Cicerón: “No son hombres mediocres, sino grandes sabios, Pitágoras y Empédocles, los que declaran que es una misma la naturaleza de todos los seres animados, y reclaman que se amenace con penas implacables a los que hagan daño a un animal, pues es un crimen dañar a un bruto” (Cicerón, *De re publica*, Libro III, 19).

Y respecto a la idea de que el derecho natural es común a los animales humanos y no humanos, cita la definición del Digesto de Derecho Natural: “Aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino de todos los animales que viven en la tierra y en el mar, y también de las aves” (Digesto 1, 1, 1, 3).

Para finalizar este apartado, no está de más hacer referencia al resumen que propone la Dra. Silvina Pezetta⁷⁰⁸ en “Aportes teóricos para la discusión sobre los animales no humanos como sujetos de derecho”⁷⁰⁹ respecto de la discusión sobre la personalidad legal de los demás animales:

⁷⁰⁷ MOSTERÍN, *op. cit.*, p. 60.

⁷⁰⁸ Doctora en Derecho, investigadora de CONICET (Argentina), profesora de Ética Animal y Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesora de doctorado en la Universidad de Morón. Es referente en esta temática.

⁷⁰⁹ PEZETTA, S. (2017). “Aportes teóricos para la discusión sobre los animales no humanos como sujetos de derecho”. En *Revista Latinoamericana De Estudios Críticos Animales*, 4(2). Disponible en: <https://revistaleca.org/index.php/leca/article/view/137>.

Se puede decir que:

- a) La palabra “persona” tiene distintos significados según el ámbito en que se utilice y que estos ámbitos no tienen una conexión lógica, aunque sí se influyen mutuamente. Así, la capacidad de sufrir, de tener una experiencia subjetiva del mundo, es moralmente relevante para ser pasible de consideración y, por eso, en el ámbito jurídico se toman en cuenta estos hechos para otorgar protección legal en la forma de sujeto de derecho. Y, en este punto, es necesario también considerar que la subjetividad (y el otorgamiento de personalidad legal consiguiente) son el producto de un reconocimiento que constituye al otro como sujeto y no como objeto.
- b) El derecho como conjunto de normas vigentes refiere a las personas, a veces definiéndolas como co-extensivas de los miembros de la especie *Homo sapiens*, otras veces para crear una categoría como las personas jurídicas, y otras veces sin especificar a quiénes resulta aplicable la categoría. El derecho por sí mismo no alcanza en tanto fuente de obligaciones de tipo moral ni tampoco se lo puede interpretar sin recurrir a criterios y principios morales como, por ejemplo, el de no discriminación injustificada. Palabras contenidas en nuestro ordenamiento –como persona o habitante– o protecciones como las de la Ley 14.346 y los fallos Sandra y Cecilia, nos dan la pauta de que nuevos criterios morales aparecen en la práctica jurídica en las dimensiones de interpretación y aplicación del derecho para el caso de los ANH.
- c) Ser sujeto de derecho, en el caso humano, conlleva la posesión de derechos básicos y la posibilidad de reclamar frente a su violación. Cuando se busca la declaración de la personalidad para los ANH el objetivo también es lograr la protección de sus derechos básicos.

III. Los ANH en el orden jurídico argentino

III. 1. Los ANH en el derecho privado

Cabe adelantar que la consideración de los ANH en nuestro ordenamiento jurídico es escasa.

Los especialistas en derecho animal suelen considerar como una oportunidad perdida el hecho de que con la reforma del CCCN, que entró en vigor en 2015, no se haya aprovechado la ocasión para modificar el estatus jurídico de los ANH en concordancia con las leyes vigentes en otros países y con los avances en el conocimiento científico sobre la sintiencia de los ANH.

Desde este punto de vista, los obstáculos para reconocer a los ANH como personas no humanas sujetos de derecho ya estaría superado toda vez que la falta de capacidad de ejercicio, además, no es un impedimento para que el legislador atribuya derechos a una “persona”.

Sin embargo, en el ámbito del derecho privado argentino, en línea con lo que establecía el Código Civil de Vélez, los ANH son clasificados dentro de las cosas semovientes, es decir, aquellas que pueden moverse por sus propios medios.

La regulación que encontramos, en ambos Códigos, los va a ubicar siempre en una posición de objetos de derecho y no de sujetos, por lo que no serían pasibles de adquirir derechos. El único amparo que obtienen es a través del régimen de la propiedad privada.

En materia de responsabilidad, el artículo 1759 del CCCN establece que “el daño causado por los animales, cualquiera sea su especie, queda comprendido en el artículo 1757”.⁷¹⁰ Es decir, en la

⁷¹⁰ Artículo 1757 del CCCN: “Hecho de las cosas y las actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad

responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de las cosas o por la actividad riesgosa o peligrosa. En este aspecto, lo que se modificó con respecto al Código de Vélez es que ya no se hace distinción entre animales domésticos o feroces, ni tampoco se distingue los supuestos en los cuales el daño era causado por un animal excitado por un tercero, o si era producto de los hábitos generales de la especie animal, entre otros, que se hallaban previstos en los artículos 1124 a 1131⁷¹¹ del Código de Vélez.

III. 2. Los ANH en el derecho penal

Por otra parte, y tal como mencionábamos en la introducción, para el derecho penal, según la Ley 14.346/1954, los ANH son considerados víctimas, es decir, se los reconoce como sujetos pasivos de los delitos tipificados en la ley. Lo mismo sucede en la Ley 27.330 que prohíbe las carreras de perros de cualquier raza y en los delitos tipificados en la Ley Nacional de Conservación de la Fauna Silvestre (Ley 22.421).

Cabe mencionar que la Ley 14.346 no fue la primera con la que contamos en materia de protección de los ANH. En 1891 se sancionó la Ley 2786, conocida como Ley Sarmiento, la cual fue innovadora para la época y marcó un camino que sigue vigente.⁷¹² Esta norma fue el producto de un largo y arduo trabajo por parte de los defensores de los ANH, como Ignacio Albarracín y su mentor, Domingo Faustino Sarmiento.

es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención” (CCCN Erreius, p. 399).

⁷¹¹ https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroII_S2_tituloIX.htm

⁷¹² GONZÁLEZ SILVANO, *op. cit.*, p. 65.

En 1954, la Ley Sarmiento fue reemplazada por la Ley 14.346, que se encuentra vigente desde entonces y es conocida también como “Ley Benítez” por ser el diputado y presidente de la Cámara Baja Antonio J. Benítez quien elaboró el proyecto.

En la discusión de esta ley se debatió sobre la titularidad del bien jurídico lesionado, ya que algunos sostenían que el sujeto pasivo de los delitos de crueldad y maldad eran los ANH y otros consideraban que lo que se lesionaba a través de las conductas tipificadas eran la moral y las buenas costumbres.

Sin embargo, del análisis realizado por la doctrina de los debates parlamentarios se puede verificar que, desde su nacimiento, la Ley 14.346 es una normativa de carácter penal que viene a proteger a los ANH; ellos son las víctimas de los delitos de maltrato y crueldad animal. Esto surge con claridad del artículo 1° de la norma: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que infligiere malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad a los animales”.

Esta ley, a pesar de sus defectos de técnica legislativa, viene siendo interpretada y aplicada razonablemente por los distintos tribunales del país, dando lugar a importantes precedentes en la materia (algunos de los cuales se mencionarán en el próximo apartado) que han marcado el camino hacia un nuevo paradigma: el animal como ser sintiente, aunque considerado “cosa mueble semoviente” en la legislación civil.⁷¹³

No obstante, no podemos dejar de referirnos a algunas de las principales críticas que se le hacen a esta ley, con miras a su mejoramiento. Entre ellas podemos mencionar:⁷¹⁴

1. En primer lugar, la pena de 15 días a un año pareciera ser una pena baja (es la que prevé el Código Penal para el delito de

⁷¹³ BILICIC, *op. cit.*, p. 35.

⁷¹⁴ GONZÁLEZ SILVANO, *op. cit.*, pp. 81- 83.

daño simple),⁷¹⁵ ya que por la escala penal da lugar a su reemplazo. En la Ley 27.330, que prohíbe las carreras de perros de cualquier especie, la sanción va de tres meses a cuatro años. La pena debería ser de cumplimiento efectivo y elevar el máximo para maltrato a cuatro años, siendo superior la pena máxima por crueldad. De esta forma, además, los menores de 18 años dejarían de ser inimputables para estos delitos.⁷¹⁶

2. Otra crítica que se le hace a la ley es que no prevé la pena accesoria de inhabilitación.

3. No se distingue conceptualmente entre maltrato y crueldad animal. Los actos de crueldad asumen una mayor gravedad que los de maltrato, pero esto no se ve reflejado a los efectos de la pena.

4. En el artículo 2° de la ley se enumeran los actos que serán considerados de maltrato. En este punto, la norma es criticada por carecer de definiciones concretas (animales domésticos, animales cautivos) y por no cuestionar que se los utilice para trabajar (se naturaliza su instrumentalización) excepto en los casos donde se les provoquen castigos innecesarios (¿cuáles serían los castigos “necesarios?”), se los haga trabajar en jornadas excesivas, cuando no se hallen en estado físico adecuado o se los utilice como animales de tiro en vehículos que excedan notoriamente sus fuerzas.

⁷¹⁵ Artículo 183 del Código Penal: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado”.

⁷¹⁶ Primer párrafo del artículo 1° de la Ley 22.278 (Régimen Penal de la Minoridad): “No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o inhabilitación”.

5. Además, con relación a la vivisección, que implica la disección de un animal cuando aún está vivo, no sería relevante que haya fin científicamente demostrable o que la practique persona autorizada, ya que actualmente se encuentra prohibida en institutos de enseñanza dependientes del Ministerio de Educación (Res. 1299/1987).

6. Se critica que la norma considere como acto de crueldad “experimentar con animales de grado superior en la escala zoológica al indispensable según la naturaleza de la experiencia” porque hacer una referencia a la escala zoológica es un retroceso en la ciencia. Hay muchos animales, más allá de los grandes simios (chimpancés, bonobos, orangutanes y gorilas) que tienen características y alto grado de genética similar a la humana. Las críticas apuntan, además, a que se debería prohibir todo tipo de experimentación con animales que no tenga como fin la salud animal, ya sea humano o no humano.

7. En el punto 6 del artículo 3° se establece como acto de crueldad: “Causar la muerte de animales grávidos cuando tal estado es patente en el animal salvo el caso de las industrias legalmente establecidas que se fundan sobre la explotación del nonato”. Se considera que actualmente, en pleno siglo XXI, no debería existir la industria del nonato.

8. El punto 7 del artículo 3° establece como acto de crueldad “lastimar y arrollar animales intencionalmente, causarles torturas o sufrimientos innecesarios o matarlos por solo espíritu de perversidad”. Aquí las críticas apuntan a que solo se admite la forma dolosa, a que las figuras deberían separarse y, por otra parte, ninguna tortura o sufrimiento es necesario ni hay razón atendible para matar a un animal. Además, qué sucedería si al animal se lo mata sin ese “espíritu de perversidad” que tampoco está definido.

9. Se sugiere, además, como posibles modificaciones: tipificar el abandono en todas sus variantes; incorporar como delito

la zoofilia; tipificar las condiciones indignas de hábitat de los animales como un tipo de maltrato; tipificar la mala praxis veterinaria; agravante por cantidad de animales víctimas del delito o de los partícipes de éste; agravamiento en el caso de enseañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso, por placer, satisfacción u odio; prohibición de la eutanasia como control poblacional, entre otras sugerencias.

10. Por último, actualmente la norma solo prevé delitos dolosos. Es necesario que se establezcan también delitos culposos dentro de la consideración de la norma.

III. 3. La Constitución Nacional y el deber de protección de la diversidad biológica

Por último, a los fines de completar este breve relevamiento del orden jurídico argentino en materia de derecho animal, no podemos dejar de mencionar que la incorporación de la cláusula ambiental en la reforma de la Constitución Nacional de 1994 estableció, a través del artículo 41,⁷¹⁷ el derecho al ambiente sano, con la particularidad de que este derecho es a la vez una obligación en cuanto que viene acompañado del deber de preservarlo.

⁷¹⁷ Artículo 41 de la Constitución Nacional: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los

Además, establece en cabeza de las autoridades la obligación de proteger este derecho, y específicamente, entre otras cuestiones, preservar la diversidad biológica, es decir, la amplia variedad de seres vivos sobre la tierra y los patrones naturales que la conforman, según lo establece el Convenio Internacional sobre Diversidad Biológica.⁷¹⁸

IV. Jurisprudencia argentina en materia de derecho animal

Corresponde en este apartado hacer mención de las sentencias más relevantes en materia de derecho animal de los tribunales argentinos.

IV. 1. La orangutana Sandra⁷¹⁹

En noviembre de 2014, la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA) realizó una presentación judicial solicitando la libertad de una orangutana (Sandra) que se encontraba en el Zoológico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el pedido se requirió su inmediata liberación y posterior traslado al santuario de primates en Sorocaba, Brasil. Ante el rechazo de ese primer pedido, se apeló ante la Cámara Federal de Casación Penal. La resolución emitida el 18 de diciembre de año 2014, por la

presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”

⁷¹⁸ BILICIC, *op. cit.*, p. 60.

⁷¹⁹ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 282-284.

sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en los autos caratulados “Orangutana Sandra s/ recurso de casación s/Habeas Corpus”, se limitó a manifestar:

Que, a partir de una interpretación dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente (Zaffaroni, E. Raúl et. al, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 493; También Zaffaroni, E. Raúl, *La Pachamama y el humano*, Ediciones Colihue, Buenos Aires, 2011, p. 54 y ss.).⁷²⁰

La resolución no se expidió sobre la petición de *habeas corpus*. Sin embargo, a pesar de la carencia en la fundamentación jurídica, la importancia del fallo residió en el reconocimiento de la calidad de persona no humana a Sandra, lo que marcó una trascendencia única en la historia del derecho animal en Argentina.

Posteriormente, AFADA presentó un amparo a fin de petitionar ante las autoridades la liberación de Sandra, debido a lo esgrimido por la Cámara Federal de Casación Penal al haberla considerado “Sujeto de Derechos”:

Señalan que la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa “Orangutana Sandra” estableció que es un sujeto no humano titular de derechos, por lo tanto, entienden que Sandra dejó de ser un objeto de protección del derecho y pasó a ser un sujeto titular de ciertos derechos fundamentales. (...) Al considerar a SANDRA como un sujeto, su cautiverio y exhibición pública viola los derechos que ella titulariza (...). El fallo mencionado ha dejado sentado, desde ahora y para la posteridad,

⁷²⁰ Sala II Causa Nro. CC 68831/2014/CFC1. Orangutana Sandra s/recurso de casación s/Habeas Corpus. Registro Nro 2603/14. Lex Nro. CC 68831/2014/CFCO 01.

la condición de la Orangutana Sandra y otros animales reconociéndolos jurídicamente como sujetos no humanos, titulares de derechos.

Lo que se pretende hacer mediante la interposición de un amparo no es reconocerle la misma jerarquía de derechos que poseemos los humanos, sino más bien reconocer que ella, aunque ANH miembro de una especie diferente a la humana, posee sus propios derechos. Que estos derechos que se ordena se le reconozcan no son más que el derecho a la vida, a la libertad y a la dignidad como ser sintiente. Esta última mención fue agregada en la sentencia, adjudicándole de esta forma la figura de “ser sintiente”, tomado de una categoría novedosa que fue introducida en el Código Civil francés tras la reforma de 2015. Luego de una ardua lucha, Sandra ha podido liberarse de su confinamiento y actualmente se encuentra en el Santuario de Grandes Simios, en Florida, Estados Unidos, donde vivirá el resto de sus días.⁷²¹

IV. 2. La chimpancé Cecilia⁷²²

En 2016, nuevamente AFADA interpuso una acción de *habeas corpus* a favor de la chimpancé Cecilia por considerar que había sido privada ilegítima y arbitrariamente de su derecho a la libertad ambulatoria y a una vida digna por parte de las autoridades del Zoológico de Mendoza, y que su estado de salud físico y psíquico se hallaba profundamente deteriorado con evidente riesgo de muerte, por lo cual solicitó su libertad y posterior traslado al Santuario de Chimpancés de Sorocaba, en Brasil.

El 3 de noviembre de 2016, la titular del Tercer Juzgado de Garantías

⁷²¹ Sandra hoy: <https://centerforgreatapes.org/orangutan/sandra/>.

⁷²² ESPINA, *op. cit.*, p. 111.

del Poder Judicial de Mendoza⁷²³ resolvió hacer lugar a la acción de *habeas corpus* y declarar a la chimpancé Cecilia sujeto de derecho no humano, además de disponer su traslado al santuario de Sorocaba. Consideró que el bien jurídico del delito de maltrato animal es el derecho del animal a no ser objeto de crueldad humana.

Cecilia fue trasladada al Santuario convirtiéndose en uno de los primeros casos argentinos sumados al Proyecto Gran Simio.⁷²⁴

IV. 3. La puma Lola Limón⁷²⁵

Lola Limón es una puma (*puma concolor*) rescatada del mascotismo en octubre de 2019. Como se verificó que se encontraba en buenas condiciones de salud y mantenimiento y que no había evidencia que permitiera acreditar que se tratara de un delito de maltrato o crueldad de los previstos en la Ley 14.346, se dispuso el archivo de las actuaciones contra la persona que la tenía como “mascota”.

Sin embargo, la tenencia sí era irregular, por lo tanto continuaron las actuaciones administrativas para determinar cuál sería el destino habitacional de Lola Limón.

En ese sentido, el fiscal a cargo de la Unidad Fiscal Especializada en Materia Ambiental (UFEMA), Dr. Carlos Rolero Santurián, solicitó

⁷²³ Tercer Juzgado de Garantías del Poder Judicial de Mendoza, “Presentación efectuada por AFADA respecto del Chimpancé Cecilia – sujeto no humano;” sentencia del 3 de noviembre de 2016.

⁷²⁴ Cecilia y el Proyecto Gran Simio: https://drive.google.com/file/d/12lf7Om-K3l_71sWucx0StDcXq8gnB82V/view

⁷²⁵ Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas N° 3. Ledesma, Diego Alberto sobre 1- Ley de Protección al Animal. Malos Tratos o Actos de Crueldad. <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/90283-caba-reconocimiento-ejemplar-especie-puma-sujeto-derecho-disponiendose-su-libertad>.

que se la declare sujeto de derecho y que se disponga su libertad de cualquier medida o restricción legal. Además, pidió que se otorgara su custodia judicial definitiva al Ecoparque Interactivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el fin de prepararla para la posibilidad de ser devuelta a su medio natural.

En el pedido se acompañó una nota de la Unidad de Proyectos Especiales del Ecoparque, en la cual se solicitaba que se analizara la posibilidad de que la “propiedad” definitiva de Lola Limón fuera brindada a esa área “con la finalidad de trabajar en mejoras asociadas a las condiciones de bienestar del ejemplar, así como la factibilidad de incluirlo en líneas de programas de conservación llevadas a cabo por esa Unidad, entre otras”. En un párrafo previo del fallo se menciona que una de las líneas de trabajo tiene como objeto desarrollar y transferir biotecnologías reproductivas aplicadas a la conservación de especies de felinos sudamericanos y que los ejemplares de la especie puma podían ser utilizados como modelo experimental.

El Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Juvenil y Contravenacional de Faltas N° 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a cargo de la Dra. Carla Cavaliere, a través de la sentencia del 6 de julio de 2022, resolvió:

1) Luego de un análisis del CCCN, la Constitución Nacional, la Declaración Universal de los Derechos de los Animales, la Ley 14.346, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la jurisprudencia (fallo Sandra y fallo El Mundo de las Aves) declarar sujeto de derecho a Lola Limón y dispuso su libertad total, libre de cualquier medida o restricción legal.

2) En cuanto a la petición de la Fiscalía de otorgarla la custodia definitiva a la Unidad de Proyectos Especiales del Ecoparque, la jueza hizo lugar y le brindó la custodia definitiva de Lola Limón a dicho organismo, entendiendo que allí se trabaja con la finalidad de conservación de especies de felinos sudamericanos y que

podía ser utilizada como modelo experimental de ejemplares de la especie *puma concolor*.

Este fallo ha sido cuestionado por los especialistas en derecho animal con justa razón. Vemos que no alcanza con que se les otorgue la calidad de sujetos de derecho si en lo concreto se los va a seguir tratando como cosas. En ese sentido es ambiguo, desde el lenguaje y desde lo resolutivo. Se habla de custodia, de propiedad, y luego de decretar su libertad “total” se la destina como ejemplar experimental.

En definitiva, lo que podemos concluir es que, si bien hemos avanzado principalmente a partir de la jurisprudencia, todavía falta mucho para que lo resuelto en los tribunales se materialice en una verdadera protección de los intereses de los ANH.

Para finalizar este caso, cabe destacar que Lola Limón fue la primera de su especie en ser considerada sujeto de derechos y que en la actualidad se está evaluando la posibilidad de que sea trasladada a un santuario para ANH de su especie (en las evaluaciones médicas se había descartado la posibilidad de devolverla a su medio natural, ya que no había desarrollado las condiciones para valerse por sí misma).

IV. 4. *Sentencias sobre familias multiespecie*

La idea de familia multiespecie o interespecie se utiliza para hablar de aquellas en las que personas humanas y ANH conviven, compartiendo lazos afectivos acorde a su realidad social.⁷²⁶

Esta denominación no deja de ser un reflejo de que el concepto de familia es una creación cultural, por lo tanto, cambiante.

La Dra. María de las Victorias González Silvano,⁷²⁷ en su artículo

⁷²⁶ BILICIC, *op. cit.*, p. 419.

⁷²⁷ Abogada, doctora en derecho e investigadora. Docente de grado y posgrado

de doctrina “Frente al divorcio, ¿qué sucede con los animales de compañía?”,⁷²⁸ cita a la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci cuando dice que “el concepto de familia como aquella matrimonializada (fundada en el matrimonio), paternalizada y patrimonializada (dependiente económicamente y en otros aspectos del padre varón), sacralizada (nacida de formas más o menos solemnes) y biológica (fin de procreación) es el que predominó por siglos”.⁷²⁹

Y hace referencia a nuevas formas de familia, tales como las unipersonales (de solteros, divorciados o viudos), monoparentales o matrifocales (madres sin pareja con hijos a su cargo, sean solteras o separadas); reconstituidas o “ensambladas” (parejas de segundas o ulteriores nupcias a cargo de hijos procedentes de uniones anteriores); familias de cohabitantes, uniones informales de parejas sin legalizar, tengan o no hijos a su cargo.

Todos estos tipos de familias son una realidad que hoy en día ya no se puede negar. Lo mismo sucede con la familia multiespecie.

En consecuencia, resulta importante acompañar desde lo jurídico planteos que se adecuen al nuevo paradigma de reconocimiento de

en distintas universidades. Docente a cargo de la materia Derecho Animal CPO en la Facultad de Derecho de la UBA. Directora del Seminario de Investigación en Derecho Animal en el Instituto Ambrosio Gioja (UBA). Directora de la Diplomatura en Derecho Animal en la Universidad del Museo Social Argentino. Miembro del Consejo Directivo y representante en Argentina del Proyecto Gran Simio Es. Miembro del Consejo Directivo del Corredor Biológico Mundial.

⁷²⁸ GONZÁLEZ SILVANO, M. V. (2021). “Frente al divorcio, ¿qué sucede con los animales de compañía?”. En *Microjuris*. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2021/08/03/doctrina-frente-al-divorcio-que-sucede-con-los-animales-de-compania/>.

⁷²⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2014). “Introducción”. En KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LLOVERAS, N. *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial*. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

los derechos de los ANH, también desde el ámbito familiar, en el marco de la familia multiespecie.⁷³⁰

El derecho, como herramienta dinámica, debe dar respuesta a la problemática que se plantea con los ANH a la hora de la separación de la pareja humana con la cual convive.

Esto ha quedado plasmado en distintos fallos donde se comenzó a hablar en las sentencias de familias multiespecie (Fallo Tita, Fallo Sidney).

Así también, recientemente, en una sentencia del 26 de septiembre de 2022,⁷³¹ la jueza Diana V. Sica, Titular del Juzgado de Familia N° 6 de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, en el marco de un proceso de divorcio por presentación conjunta, resolvió homologar el acuerdo presentado por las partes en el cual, además de distribuir los bienes gananciales, establecieron cómo se manejarían con sus dos “mascotas” Popeye y Kiara.

Para así resolver, la jueza dijo que

si bien nuestro sistema legal no ha avanzado de manera tal que pueda regular en qué situación quedarán, luego del quiebre de la unión, aquellos miembros que también integran la familia y se han incorporado a ella (para el caso dos perros, Popeye y Kiara), esto importa una realidad que no puede ser negada y que debe encontrar solución en quienes tenemos la obligación de brindar una respuesta pues, sabido es, que todo aquello que no está prohibido por la ley, es permitido, aun en la ausencia de normas específicas que así lo establezcan. El principio de ello es el de la igualdad (artículo 16 de la Constitución Nacional) y su límite será la no vulneración de los derechos ajenos.⁷³²

⁷³⁰ BILICIC, *op. cit.*, p. 419.

⁷³¹ “M.E.R C/B.A.B.D.C. S/Divorcio por presentación conjunta.” Expte SI-29770-2022.

⁷³² *Ibidem*.

A continuación, sostiene que

es sabido que los animales, en especial los domésticos, son seres *sensibles*,⁷³³ que sienten, que extrañan, que se regocijan, que sufren y que adquieren costumbres, por lo que resulta indudable que el cambio que producirá la separación de los cónyuges los afectará también y serán sus dueños entonces, quienes se encuentran en mejor posición, para velar por sus intereses. Tal entendimiento ha sido receptado en otros países como España,⁷³⁴ de igual modo que nuestra jurisprudencia, tal como lo han citado los litigantes en la especie y, a cuyas referencias se remitirá, en honor a la brevedad (Fallos “Tita” y “Sidney”, y en el derecho comparado “Cachas”).⁷³⁵

⁷³³ Hubiera sido más acertado decir “sintientes” teniendo en cuenta la diferencia que existe entre sensibilidad y sintiencia. La sintiencia puede ser definida como la capacidad de tener experiencias positivas o negativas de manera consciente. En cambio, la sensibilidad es la respuesta mecánica o refleja a un estímulo externo. Como explica Gonzalo Pérez Pejic, “las plantas, un termómetro y hasta el motor de una máquina son sensibles, por ejemplo, responden al calor, pero en ningún sentido son sintientes, dado que carecen de la conciencia exigida para traducir los estímulos que reciben como experiencias subjetivas”. Ver PÉREZ PEJIC, G. (comp.) (2023). *Solidaridad entre generaciones. Aportes animalistas y ambientalistas para su estudio*. Buenos Aires: Ediciones Didot, p. 35.

⁷³⁴ En 2017, un juez de Barcelona estimó una demanda civil interpuesta en relación al reclamo ejercido por un ciudadano sobre la tenencia compartida de Luna, un can pastor alemán a quien no se le permitía visitar luego de haberse separado de la mujer con la que convivió durante cinco años. El Juez dictó la tenencia compartida del animal, que debería concretarse con un reparto de la perra en semanas alternas. Este es uno de los primeros casos en que se resuelve por vía civil el litigio sobre la tenencia de un animal tras un caso de ruptura de pareja. Ver BILICIC, *op. cit.*, pp. 421-422.

⁷³⁵ ONOCKO, S. (2022). “Régimen de visitas para los ‘perrhijos’”. En *Diario Judicial*. Disponible en: <https://www.diariojudicial.com/news-93209-regimen-de-visitas-para-los-perrhijos>.

Por último, destaca que actualmente contamos con el artículo 439 del CCCN, que permite que en los procesos de divorcio los cónyuges puedan disponer a través de un convenio regulador de distintas cuestiones cuya enumeración, al no ser taxativa, deja las puertas abiertas a otras de su interés, tal como sucedió en el caso que tuvo que resolver donde las partes incluyeron en tal acuerdo las cuestiones referidas a Popeye y Kiara.

Este fallo, si bien no profundiza en el fundamento del reconocimiento de los derechos de los ANH y utiliza términos como “mascotas” o “dueños” que desde el derecho animal se intentan superar, es un claro reflejo de que el derecho, como herramienta dinámica, debe acompañar los cambios que se dan en la sociedad, ya sea en la conformación de las familias como en la consideración moral de los ANH.

V. Proyectos de reforma del CCCN: Ley Sintientes y otros proyectos

En materia legislativa, encontramos una enorme diversidad de proyectos presentados en el Congreso Nacional que buscan modificar tanto la ley de maltrato animal como el CCCN para reconocerle determinados derechos a los ANH.

Sin embargo, no deja de ser llamativo que la mayoría de estos proyectos no escapan de la lógica especista y/o bienestarista. En algunos, se excluye específicamente a los animales de cría de cualquier tipo de reconocimiento de derecho, lo cual evidencia una incongruencia insalvable entre los argumentos que se utilizan para proteger a algunos animales y la inexplicable exclusión de otros.

Es aquí donde queda evidenciada, más que nunca, la complejidad de esta problemática. Si el fundamento para defender a los ANH es su sintiencia, y partimos de la base de que ésta es una característica,

como mínimo, de los ANH que poseen sistema nervioso, ¿cómo justificamos que los animales de cría como las vacas, cerdos, gallinas, ovejas, entre otros, no participen también de esos derechos? La solución parecería ser el llamado “bienestar animal”, que es el que acepta la instrumentalización de los ANH, pero busca minimizar su sufrimiento.

Este es el tipo de legislación predominante en Argentina en materia de producción animal (SENASA, certificaciones, etc.). Hay una cierta relajación de la conciencia por el hecho de emitir normas de este estilo. Así, vamos a encontrar huevos de gallinas felices, leche de vaca que come pasto, etc.

No obstante, en los últimos años apareció una campaña en la plataforma *Change.org* conocida como “Ley Sintientes”. Este proyecto de ley, orientado a modificar el CCCN, trae una novedad en su artículo 1º, ya que propone que todos los ANH sean reconocidos como personas físicas no humanas, y en consecuencia, sujetos de derecho, cualquiera sea su especie.

Además, impulsa la modificación de varios artículos del CCCN y la incorporación de otros. Sin embargo, no hace referencia al artículo 227, donde se habla de las “cosas muebles”. Este proyecto fue ingresado en el Congreso en 2023.

¿Podríamos, en base a esta nueva legislación, abogar por los derechos de los animales de cría? ¿Qué decisión tomaría un juez ante tal planteo? Probablemente se resuelva con más bienestar animal, lo cual como movimiento inicial no estaría tan mal si tenemos en cuenta las condiciones aberrantes y los maltratos permanentes a los que son sometidos los animales destinados a proveernos de alimentos.⁷³⁶ Algunos especialistas en la materia sostienen que esta propuesta ya se podría realizar con fundamento en la Ley 14.346.

⁷³⁶ La periodista Soledad Barruti en sus libros *Malcomidos* (Planeta, 2013) y *Mala leche* (Planeta, 2018) relata en primera persona las visitas que realizó a una granja de producción industrial de huevos en Crespo, Entre Ríos (*Malcomidos*, pp. 34-38),

La Dra. González Silvano,⁷³⁷ por su parte, también expresa cuáles son las modificaciones que se deberían realizar al CCCN, entre ellos:

1. Creación del título de los ANH.
2. Suprimir su estatus de cosas y darles el estatus de ser sintiente con autoconciencia.
3. Atento a que son incapaces de hecho, para cualquier acto jurídico deberá establecerse quién es su “cuidador responsable”.
4. Modificar el artículo 56 que no hace referencia a la investigación sobre animales; el artículo 227 que se refiere a las cosas semovientes quedaría sin efecto; incorporarlos en el artículo 246 como beneficiarios del régimen de protección de la vivienda, entre otros.
5. Considerarlos en los derechos reales que se crearon en el CCCN: cementerios, permitiendo que el ANH sea enterrado junto con su humano, y en la propiedad horizontal o conjuntos inmobiliarios establecer la nulidad de cualquier cláusula que prohíba convivir con un ANH doméstico.
6. Ampliar el concepto de familia, aceptando la familia multiespecie.
7. En materia de sucesiones, considerar que los ANH serán una carga de la sucesión y admitir que sean sujetos pasivos de legados o testamentos los animales *per se*, con la designación de un albacea para el cumplimiento de éste.

a un *feedlot* (*Malcomidos*, pp. 188-190) y una granja porcina (*Malcomidos*, pp. 205-213) en Saladillo, Buenos Aires. Además, en *Mala leche* relata la visita a un tambo industrial en Arroyito, Córdoba (pp. 169-181).

⁷³⁷ GONZÁLEZ SILVANO, M. V. (2020). “La temática animal y la necesidad de las modificaciones al Código Civil y Comercial, un aporte para el cambio” En ROSA, M. E. (coord.). *Revista Miradas Latinoamericanas sobre Derecho Animal*. Centro de Estudios de Derecho Animal Argentina, pp. 12-17.

Como cierre de este apartado, es importante tener en cuenta que a veces los grandes cambios en materia legislativa pueden ser contra-productivos, en la medida en que pueden generar rechazo por parte de algunas personas o, simplemente, por la dificultad de su cumplimiento. Es por eso que, como sostiene la Dra. González Silvano, para que los cambios sean realmente efectivos tienen que darse de manera paulatina y no abrupta.⁷³⁸

VI. Conclusión

Hemos recorrido las cuestiones más recientes y novedosas en materia de derecho animal, sin agotarlas ni profundizando en muchas de ellas ya que no era la intención de este trabajo.

El camino por recorrer es largo y, sin buscar llegar a unificar las posturas, sí es importante que logremos un consenso sobre lo que como especie ya no podemos permitir que suceda con los demás animales.

No caben dudas de que el progreso moral es posible. Sobran ejemplos a lo largo de la historia de la humanidad: esclavitud, racismo, el rol de la mujer, entre otros temas, muestran que hemos evolucionado moralmente.

Esta base da esperanzas para lo que pueda venir con relación a los ANH: fauna silvestre en cautiverio (“mascotismo”), ANH en circos o acuarios, zoológicos, corridas de toros, caza por diversión, pesca deportiva, jineteadas, carreras de caballo, riñas de gallos, criaderos de perros y gatos, etc., son actividades que no solo le causan daño a los ANH, sino que nos rebajan en nuestra condición de seres morales.

Jesús Mosterín⁷³⁹ nos dice que el derecho positivo va cambiando en

⁷³⁸ GONZÁLEZ SILVANO, *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 91.

⁷³⁹ MOSTERÍN, op. cit., pp. 47-65.

función de las presiones morales que tenga por parte de los ciudadanos que reclaman que se pongan al día con la sensibilidad moral del momento. Y sin dudas, en la evolución de nuestras intuiciones y sentimientos morales es donde subyace la posibilidad de la evolución moral. Sobran ejemplos a lo largo de la historia de la humanidad de estos saltos morales que han conseguido luego su respaldo legislativo.

La verdadera prueba moral de la humanidad, su prueba fundamental, consiste en sus actitudes hacia aquellos que están a su merced: los animales.

Milan Kundera

VII. Bibliografía

Animales de Compañía en Egipto y la Antigua Roma. Disponible en: <https://unaderomanos.wordpress.com/2017/02/20/animales-de-compania-en-egipto-y-la-antigua-roma/>

BALTASAR, B. (coord.) (2015). *El Derecho de los animales*. Madrid: Marcial Pons.

BARRUTI, S. (2013). *Malcomidos*. Buenos Aires: Planeta.

BARRUTI, S. (2018). *Mala Leche*. Buenos Aires: Planeta.

BENTHAM, J. (1988). *The Principles of Moral and Legislation*. Nueva York: Prometheus books.

BILICIC, L. (dir.) (2020). *Protección Jurídica de los Animales No Humanos*. Buenos Aires: Ediciones DyD.

BILICIC, L. (dir.). Diplomado Derecho Animal. Grupo Profesional. Material de Clase.

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (Erreius, 2015).

Código Civil de Vélez Sarsfield. Disponible en: https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000109999/109481/texactley340_libroII_S2_tituloIX.htm

Código Penal de la Nación. Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

Constitución de la Nación Argentina (Kapeluz, 1995).

Declaración de Cambridge. Disponible en: <http://www.anima.org.ar/wp-content/uploads/2016/03/Declaraci%C3%B3n-de-Cambridge-sobre-la-Conciencia.pdf>

Declaración de Toulon. Disponible en: https://www.univ-tln.fr/IMG/pdf/declaracio_n_de_toulon_esp_.pdf

DONALDSON, S. y KYMLICKA, W.(2018). *Zoópolis. Una teoría política para los derechos de los animales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

ESPINA, N. (2022). *Derecho Animal. El bien jurídico en los delitos de maltrato*. Buenos Aires: Ediar.

GONZÁLEZ SILVANO, M. V. (dir.) (2019). *Manual de Derecho Animal*. Buenos Aires: Jusbaire.

GONZÁLEZ SILVANO, M. V. (2021). “Frente al divorcio, ¿qué sucede con los animales de compañía?”. En *Microjuris*. Disponible

en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2021/08/03/doctrina-frente-al-divorcio-que-sucede-con-los-animales-de-compania/>.

GONZÁLEZ SILVANO, M. V. (2020). “La temática animal y la necesidad de las modificaciones al Código Civil y Comercial, un aporte para el cambio”. En ROSA, M. E. (coord.). *Revista Miradas Latinoamericanas sobre Derecho Animal*. Centro de Estudios de Derecho Animal Argentina.

Juzgado de 1ra Instancia en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas N° 3. Ledesma, Diego Alberto sobre 1- Ley de Protección al Animal. Malos tratos o Actos de Crueldad. Actuación Nro. 1802321/2022. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/wp-content/uploads/2022/08/Lima-Limon.pdf>

KASER, M. KNUTEL, R. y LOHSSE, S. (1982). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Reus.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2014). “Introducción”. En KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LLOVERAS, N. *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial*. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Ley 14.346. Maltrato y Crueldad animal. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/153011/norma.htm>

Ley 27.330. Prohibición de Carreras de Perros. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/268503/norma.htm>

Ley 22.421. Ley Nacional de Conservación de la Fauna Silvestre.

Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/268503/norma.htm>

Ley 22.278. Régimen Penal de la Minoridad. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-22278-114167/actualizacion>

“M.E.R C/B.A.B.D.C. S/Divorcio por presentación conjunta”
Expte SI-29770-2022.Id SAIJ: FA22010062

ONOCKO, S. (2022). “Régimen de visitas para los ‘perrhijos’”. En *Diario Judicial*. Disponible en: <https://www.diariojudicial.com/news-93209-regimen-de-visitas-para-los-perrhijos>.

PEÑA, A. (2018). “Las Mascotas en la Antigua Roma”. En *Academia Play*. Disponible en: <https://academiaplay.es/mascotas-antigua-roma/>.

PÉREZ PEJCIC, G. (comp.) (2023). *Solidaridad entre generaciones. Aportes animalistas y ambientalistas para su estudio*. Buenos Aires: Ediciones Didot.

PEZETTA, S. (2017). “Aportes teóricos para la discusión sobre los animales no humanos como sujetos de derecho”. En *Revista Latinoamericana De Estudios Críticos Animales*, 4(2). Disponible en: <https://revistaleca.org/index.php/leca/article/view/137>.

Proyecto de Ley Sintientes. Disponible en: <https://leysintientes.org/material/LeySintientes.pdf>

RICARD, M. (2015). *En defensa de los animales*. Barcelona: Kairós.

ROBLES VELASCO, L. M. (2023). “Sobre los pretendidos derechos de los animales como sujetos de derecho. *Animalia quorum non est fera natura*”. En XXIV Congreso Internacional y XXVII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Sevilla, 2023.

Sala II Causa Nro. CC 68831/2014/CFC1. Orangutana Sandra s/ recurso de casación s/Habeas Corpus. Registro Nro 2603/14. Lex Nro. CC 68831/2014/CFCO 01.

SINGER, P. (2018). *Liberación animal*. Barcelona: Penguin Random House.

SCHWEITZER, A, (1958). *El camino hacia ti mismo*, Buenos Aires: Sur.

Tercer Juzgado de Garantías Poder Judicial Mendoza. Expte. Nro. P- 72.254/15. Presentación efectuada por A.F.A.D.A Respecto del Chimpancé “Cecilia” – Sujeto No Humano”. Id SAIJ: NV15766

El principio romano *pacta sunt servanda*: origen, evolución y recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina⁷⁴⁰

Por Mariana Verónica Sconda⁷⁴¹

Sumario: I. Introducción; II. Significado y evolución de los vocablos *pactum*, *conventio* y *contractus* en el derecho romano; III. Origen del principio *pacta sunt servanda* en el derecho romano; IV. Recepción del principio en el derecho intermedio; V. Análisis comparativo de los términos convención, contrato y pacto en el derogado Código

⁷⁴⁰ Este trabajo se encuentra enmarcado dentro del proyecto de investigación “Una mirada romanista a las reglas y principios en el Código Civil y Comercial de la Nación. Primera Parte”, dirigido por la Dra. Mirta Beatriz Álvarez y con sede en la Facultad de Derecho de UFLO Universidad.

⁷⁴¹ 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 de la Universidad Católica de Salta. Profesora adjunta interina en la Universidad de Morón. Investigadora categorizada UBA.

Civil de Vélez Sarsfield y en el actual Código Civil y Comercial; VI. Recepción del principio *pacta sunt servanda* en la legislación argentina; VII. La cláusula *rebus sic stantibus* como límite a la autonomía de la voluntad; VIII. ¿Crisis de la autonomía de la voluntad o del contrato?; IX. Conclusiones; X. Bibliografía

Palabras clave: *pactum*; *conventio*; *contractus*; *pacta sunt servanda*; autonomía de la voluntad

I. Introducción

Este trabajo plantea como objeto de investigación el significado del aforismo latino *pacta sunt servanda*.

Analizaremos su origen en el derecho romano, su evolución, incidencia y posterior recepción en la legislación argentina.

Se debe destacar que en la Antigüedad era importante respetar la palabra empeñada, cumplir con lo pactado, pero en el mundo actual esto se torna casi imposible debido a las circunstancias económicas o sociales que impulsan a los hombres a asumir compromisos muchas veces injustos.⁷⁴²

II. Significado y evolución de los vocablos *pactum*, *conventio* y *contractus* en el derecho romano

El término *pactum* a lo largo de la evolución del derecho romano

⁷⁴² BORDA, G. (1998). *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*. Tomo I. Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 33. “El fundamento de la responsabilidad contractual es el

se caracteriza por adolecer de una noción unívoca por presentar una multiplicidad en sus aplicaciones, lo que dificulta más la obtención de un concepto uniforme y lineal.⁷⁴³ Este vocablo, incluido en las primeras fuentes legislativas romanas, supone un motivo de discusión en torno a su contenido. Por un lado, encontramos a una posición de corte negativo, en el sentido de que el pacto se limitaría en el ámbito procesal a la renuncia de pretensiones, en la medida de que carecería de una eficacia sustancial directa, pero en la época de la Ley de las XII Tablas aflora otra postura divergente que asignaría al *pactum* un efecto más amplio, no tanto abdicativo sino más bien como expresión de un verdadero acto de pacificación, con base en la obra del jurista Gayo (D. 2. 14. 48; D. 47. 22. 4).⁷⁴⁴

El *pactum* está vinculado etimológicamente con *pax* (D. 2. 14. 1. 1; Festo, vº *pacionem*), entendido como la transacción que pone fin a una controversia. Así aparece en la Ley de las XII Tablas, en la tabla 8. 2, refiriéndose al delito de *iniuria*: “Si se rompiera un miembro,

principio de la autonomía de la voluntad; el hombre es libre para ligarse o no con sus semejantes por vínculos jurídicos. Pero si se compromete a cumplir determinadas obligaciones y no lo hace, debe responder por los daños ocasionados el contratante que confió en su compromiso”

⁷⁴³ ALBURQUERQUE, J. M. (1995). *La protección jurídica de la palabra dada en el Derecho Romano*. Córdoba, España: Publicaciones de la Universidad de Córdoba, p. 85; STURM, F. (1990). “Il pactum e le sue molteplici applicazioni. Convegno Contractus e Pactum. Tipicità e libertà negoziale nell’esperienza Tardo-Repubblicana.” En *Atti del convegno di diritto romano a cura di F. Milazzo*, Nápoles; Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza di Catanzaro, pp. 168 y ss; BURILLO LOSHUERTOS, J. (1964). “Los pactos en el Derecho Romano.” En *Anales de la Universidad de Murcia*, Vol. XXII, números 3-4, pp. 151 y ss.

⁷⁴⁴ BERNARD, R. (2021). “Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda.” En *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano*, N° 26, p. 223; BURILLO LOSHUERTOS, *op. cit.*, pp. 152 y ss.

que sea el talión, es decir, que el que sufrió la *iniuria* le rompiera un miembro al ofensor, salvo que se pactara con el agresor”. Por lo tanto, desde un principio la palabra *pactum* o *pactio* tuvo un significado de acuerdo entre las partes tendiente a enervar los efectos de una obligación. Inicialmente en el campo procesal romano los pactos tenían la finalidad de extinguir las acciones emanadas del delito, circunstancia que explicaría su estrecha conexión con la figura de la *transactio*.⁷⁴⁵ El pacto en el D. 2. 14. 1. 2 está definido como

⁷⁴⁵ DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, pp. 189 y ss. D. 2. 14. 1. 1: “Mas dicese pacto de pacción; de dónde también se apellidó el nombre de paz”; DI PIETRO, A. (2004). *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 278; RASCÓN GARCÍA, C y GARCÍA GONZÁLEZ, J. M. (1993). *Ley de las XII Tablas. Estudio preliminar, traducción y observaciones*. Madrid: Tecnos, pp. 21 y 85. “Tabla 8. 2: si alguien rompe un miembro a otro, a no ser que se pacte con él, aplíquese el talión.” “Al cuestionar Gelio (20, 1, 14 y ss.) la posibilidad de aplicar esta ley, plantea un interesante juego de palabras. Se pregunta cómo rompiendo un miembro a otro, aquél que sufrió la rotura puede aplicar una pena equilibrada con la injuria sufrida. Si se rompe un miembro sin querer, si no hay acuerdo, habrá de rompersele, también sin querer, el mismo al que causó el daño, porque un golpe fortuito y otro premeditado no hacen talión. El precepto debió representar un freno a la venganza privada, tanto para evitar que quedaran impunes las ofensas a los más débiles como para imponer la proporcionalidad en la respuesta de los más poderosos.” AULO GELIO (2009). *Noches Áticas*. Traducción al español de M. Carmen Barrigón Fuentes y Jesús M. Nieto Ibáñez. Madrid: Akal, pp. 704 y ss; ARANGIO RUIZ, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición por J. M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, pp. 393 y ss; BERNARD, op. cit., pp. 223-239. “D. 2, 4, 22, 1. La conexión histórica e identificación de los pactos con la *transactio* en el Derecho romano, en cuya virtud el pacto o transacción válida produce una acción, planea de forma implícita en algunas fuentes romanas (C. 2, 4, 40 y 41).” “Se llegan a confundir los términos *transactio* y *pactum*, no debemos

el consentimiento de dos o más sobre una misma cosa convenida y en D. 50. 12. 3. pr en donde se expresa que “el pacto es el consentimiento y la convención de dos”. En el período *respublicano* el sustantivo *pactum* o su plural *pacta* derivan del vocablo *pacisci*, que significa pactar, ponerse de acuerdo, y es un verbo de uso posterior al antiguo *pacere*. Para la experiencia jurídica romana eran acuerdos entre las partes que no estaban revestidos de los requisitos formales pretendidos por el ordenamiento y legitimaban a las partes para reclamar su ejecución judicialmente por sí mismos.⁷⁴⁶

olvidar que la *transactio* constituyó el prototipo de los pactos suscritos en el derecho clásico, que por su través, se resolvía un conflicto sin necesidad de entablar un pleito, por ello fueron reconocidos como contrato innominado en la época de Justiniano. Sin embargo, la concesión de la *actio praescriptis verbis* con la finalidad de hacer efectivo su cumplimiento, producida a finales del Principado y en tiempos del emperador Alejandro Severo (230 d. C.), resultará ser el germen decisivo y determinante para la tipificación y catalogación posterior de la *transactio* como un verdadero contrato innominado (C. 2. 4. 6)”; DE VAAN, M. (2008). *Etymological Dictionary of Latin and other Italic Languages*. Leiden: Brill, p. 452. “Pax, pacis, ‘peace’- Derivatives: *pacere*, ‘to come an agreement (Lex XII), ‘agreement, means’ (Lex XII), *pactio*, ‘agreement, settlement’, *pacere* ‘?’ (Duenos insc., ‘to impose a settlement’ (Cic.), *pacatus* ‘peaceful, settled’, *paciscere* ‘to arrange by negotiation, betroth’, *pactum*, *compacisici* ‘to make an agreement’, *compalectum* ‘agreement’, *depecisici* ‘to come to terms, agree’, *pacificari* ‘to be reconciled’, *pacio*, *pactio* (Fest.). The verb *pacare*, maybe already attested in *de Duenos inscr.* (but this is uncertain us be derived from the noun *pax*. The *pr. Pacere* is explained as thematization of an earlier *rott aorist* by Meiser 2003”. BERGER, A. (1953). *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. V. 43. Part. 2. Philadelphia: Transaction of the American Philosophical Society, pp. 614 y ss; ERNOUT, A. y MEILLET, A. (1951). *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. 3ª edición. París: Klincksieck, pp. 838 y ss.

⁷⁴⁶ TORRENT-RUIZ, A. (2005). *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Edisofer, pp. 837. “Era un acuerdo no formal entre las partes, convención no embebida de

una figura reconocida por el *ius civile* de manera que su cumplimiento no podía reclamarse directamente a través de una acción, sino sólo por medio de excepciones (*nuda pacta, ex nudo obligatio non nascitur*). El concepto de *pactum*, es uno de los más discutidos en la ciencia romanística, es posible que naciera como acuerdos no formales entre dos partes con intereses divergentes con los que cerraban sus discrepancias satisfactoriamente para ambas. Una explicación dada por Manenti a principios del siglo pasado, entendía que el *pactum* no tenía un contenido genérico, sino el específico de acuerdo dirigido a desterrar total o parcialmente el ejercicio de una acción, lo que equivale otorgar al pacto una eficacia meramente negativa, explicación aislada en la doctrina que en general distingue entre el *contractus* (en sus diferentes figuras tipificadas), que engendran una *obligatio*, y el *pactum* considerado como simple acuerdo que sólo se puede hacer valer por medio de una *exceptio*, en base a la regla *nudum pactum non parit obligationem sed exceptionem*, regla que Sanfilippo considera originaria. Desde otro ángulo, Magdelain sostiene, que en un momento poco evolucionado del ordenamiento romano debe identificarse *pactum* con *consensus in idem placitum*; ésta sería la base del primer *Edictum de Pactis*, dónde *pactum* tendría un sentido general que se iría restringiendo en la medida que el *ius civile* asumió como propios los *bonae fidei iudicia* difuminando la categoría de los pactos expresados en la regla *pacta conventa in sunt bonae fidei iudicia* (los pactos son inherentes a los juicios de buena fe); paralelamente iba tomando una configuración autónoma la primitiva *conventio pignoris* ejercitable por medio de la *actio Serviana*". En el mismo sentido opina ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, pp. 393 y ss; BONFANTE, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus, pp. 515 y ss. "La convención privada de formas y no concertada a base de una de las causas para las que se requiere formalidad, llámese en general, en la doctrina justiniana, pacto (*pactum, pactio, pactum conventum*), o también, para distinguirlas de las convenciones reconocidas, o sea de los contratos, pacto simple. El pacto simple (*nudum pactum*) no transfiere derechos, no genera obligaciones jurídicamente perfectas: a base de ellas no hay acción"; MALTBY, R. (1991). *A Lexicon of Ancien Latin etymologies*. Leeds: Cairns, p. 440; BERNARD, *op. cit.*, pp. 222 y ss. "En

En la época clásica, el *pactum conventum*⁷⁴⁷ era entendido como un

Roma se reputaba *pactum* al acuerdo de voluntades desprovisto de formalismos y que, por ende, adolecía de una causa revestida de la formalidad exigida por el *ius civile* sobre la cual sustentarse. Frente a algunas *conventiones* reconocidas por el *ius civile*, en este caso constituyéndose como fuente de las obligaciones, los simples pactos (*nuda pacta*) representaron una modalidad de *conventiones* que, a diferencia de la *stipulatio*, ni transferían derechos, ni engendraban obligaciones, ni tampoco generaban una acción. En su virtud, el pacto carente de su respectiva *causa civilis* no era considerado un contrato, ni emanaba una *actio* procesal que lo protegiera (*ex nudo pacto non oritur actio*), puesto que solo el *pactum* aunado a una *causa civilis* se transformará en *contractus*. En el período de la República las voces *pacisci* y *pactum* apuntan más en la línea de una actuación positiva en el sentido de acordar, establecer y convenir que en el de renuncia a una pretensión, de tal manera que las mencionadas voces tienden a ser sinónimas de otras como *convenire*, *conventum*, *consensus*, *consentire*, *placere*, *placitum*, alejándose, por ende, del significado primigenio del texto decenviral!

⁷⁴⁷ DI PIETRO, *Los negocios jurídicos...*, *op. cit.*, p.276. “Este texto es muy complejo, dado que los compiladores, según se sospecha, debieron haberlo manipulado, si bien lo ahí dicho debió corresponder en mucho a lo afirmado por Ulpiano. La rúbrica del Título XIV, del Libro II del Digesto es “*De Pactis*” (Sobre los Pactos). Está precedido por el Título XIII “*De edendo*”, es decir, tratando las cuestiones preliminares del juicio, y continuado por el Título XV “*De Transactionibus*”, sobre las transacciones, esto tiene su lógica, ya que uno de los principales casos de pactos es la *transactio*. En el Código en el Libro II, Título III, se nos presenta la misma rúbrica “*De Pactis*”, seguida por otra “*De Transactionibus*”, en el Título IV. Quizás, como lo propone A. D’Ors, lo más probable es que la rúbrica dijera “*De pactis conventis*”, dado que *conventum* es un adjetivo que generalmente califica al *pactum*. (*Pactum conventum* = pacto convenido). Lo cierto es que Ulpiano no solo habla de los *pacta conventa*, sino que plantea el tema de las convenciones. En los textos postclásicos, como ocurre en *Consultatio* (4,3), las dos rúbricas aparecen unidas “*De Pactis et conventionibus vel transactionibus*”, al igual que

acuerdo entre el acreedor y el deudor, tendiente a demorar o dejar sin efecto la obligación, ejemplos de estos tipos de pactos eran el *pactum de non petendo*, es decir, de no reclamar la deuda.⁷⁴⁸ Los pretores los admitieron y protegieron de acuerdo a los criterios de buena fe y equidad, así se puede ver en un texto del libro IV de Comentarios al Edicto de Ulpiano que se recoge en el D. 2. 14. 7. 7: “Dice el pretor: mantendré los pactos convenidos que no se hubieran hecho ni con dolo malo, ni contra las Leyes, Plebiscitos, Senadoconsultos, Edictos de los Príncipes, y por los que no se cometa fraude contra cualquiera de ellos”. Por lo tanto, no les otorgó para su protección

en las *Pauli Sententiae* (1,1)”; ADAME GODDARD, J. (2006). “Los pactos en las Sentencias de Paulo. (Análisis del Título I del Libro Primero)”. En GONZÁLEZ MARÍN, N. (coord.). *Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau. Tomo I. Derecho Romano. Historia del Derecho*. Serie de Doctrina Jurídica N° 282. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 1-30; ADAME GODDARD, J. (2010). “Comentario histórico jurídico al Libro I de las Sentencias de Paulo”. En *Serie de Doctrina Jurídica* N° 509. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 59-88; BURILLO LOSHUERTOS, *op. cit.*, pp. 154 y ss; BERNARD, *op. cit.*, pp. 239 y ss.

⁷⁴⁸ DI PIETRO, *Los negocios jurídicos...*, *op. cit.*, pp. 278. “Tal era el caso típico del *pactum de non petendo*, es decir, aquel pacto por el cual el acreedor acuerda con su deudor de que no le reclamará la suma que éste le debe (Gayo, IV, 116 b), o que no se reclamará sino después de que pasen 5 años (Gayo, IV, 122)”; BERGER, *op. cit.*, p. 615; BERNARD, *op. cit.*, pp. 223 y ss. “El *pactum de non petendo*, por el que las partes acordaban no entablar acción judicial para reclamar su derecho, hasta el punto que, de contravenir el pacto, el demandado podría interponer la *exceptio pacti conventi* para neutralizar y paralizar la acción ejercitada con tal propósito. El pacto con este origen fue empleado en la época del derecho romano clásico con otras finalidades, en la medida que presuponía la previa existencia de una obligación, se podía, pactar el plazo o el lugar de pago de la deuda, o bien fijar el propio contenido de las obligaciones”.

acciones a los mera pacta conventa sino excepciones (D. 2. 14. 7. 4: “el nudo pacto no produce obligación, pero produce excepción”).⁷⁴⁹

Un sentido especial tenían los pactos que se agregaban a los negocios, llamados *pacta adiecta*, que modelaban los efectos de éste. Se podían incorporar en un contrato consensual como la compraventa, el *pactum commisorium*, el *pactum in diem addictio*, el *pactum displicentiam* y el *pactum de retroemendo*. En esto tenemos una diferencia con los negocios que dan lugar a una *actio stricti iuris*, como el caso de la *stipulatio* o del mutuo, respecto de los cuales no se habla de *pacta adiecta* en la época clásica. En cambio, en los contratos consensuales que provocan un *iudicium bonae fidei*, los pactos *adiecta* integran el contrato, por lo que también son denominados *leges privatae* de él. Es por ello que son tenidos en cuenta por el *iudex* en el *iudicium bonae fidei*, precisamente porque están en el mismo negocio. Respecto de estos *pacta adiecta*, ya desde la etapa

⁷⁴⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. (2004). *Sistema contractual Romano*. Madrid: Dykinson, pp. 235 y 236. “Se considera pacto al mero acuerdo de voluntades sin revestimiento formal. Se basa en la simple voluntad de las partes contratantes. En el Derecho Romano, en la época postclásica se distinguió entre pactos vestidos y pactos nudos, es decir, desnudos. Los primeros son aquellos que excepcionalmente se encuentran dotados de acción, de tal manera, que se hacían exigibles las prestaciones en ellos convenidas. Adquieren eficacia, bien por formar parte de ciertos contratos – *pacta adiecta*–, bien por ser protegidos por los pretores –*pacta praetoria*–, o bien por tener su origen en disposiciones de los emperadores –*pacta legitima*–. Los *pactos nudos*, son aquellos pactos de los cuales no nace acción, como el llamado *pactum de non petendo*, pacto de no reclamar”; DI PIETRO, *Los negocios jurídicos patrimoniales...*, *op. cit.*, p. 278; En el mismo sentido, BERNARD, *op. cit.* p. 224; DE LOS MOZOS TOUYÁ, J. J. (2014). “Aproximación a la causa del contrato en la doctrina del *ius commune*”. En *Seminarios Complutenses de Derecho Romano: Revista Complutense de Derecho Romano y Tradición Romanística*, N° 27, Madrid, pp. 127-128.

clásica se hace una distinción entre los llamados *ex continenti* y los *pacta ex intervallo*. Los primeros eran los celebrados inicialmente en el momento de la conclusión del contrato, y de algún modo, respetando los caracteres esenciales del negocio, modificaban el sentido de las obligaciones. En cambio, los *ex intervallo* eran los establecidos después de la concreción del *consensus* inicial y mientras se estaba en la etapa de cumplimiento del contrato. Por ello figuran como pactos separados del negocio tal cual éste se había convenido.⁷⁵⁰

⁷⁵⁰ DI PIETRO, *Los negocios jurídicos... op. cit.*, pp. 278. “En el caso de la *stipulatio*, la obligación que se genera está conformada por las palabras empleadas en dicho negocio, en las cuales se pueden establecer determinados aspectos, como por ejemplo los intereses, el lugar de pago, etc., por lo que no existe, por lo menos en el derecho clásico, ninguna eficacia valedera para ejercitar una *actio* en cumplimiento de un pacto que no quede integrada en las palabras mismas empleadas. Lo mismo ocurre con el mutuo, ya que su naturaleza implica que hay que devolver la misma cantidad de cosas, por lo que no resulta exigible, un *pactum usurae* para que el deudor tenga que devolver, en carácter de intereses, más dinero que el que le ha sido prestado. Si se hubiera celebrado un mutuo con una *stipulatio*, en la cual estuvieran prometidos dichos intereses, éstos resultarán exigibles por la *condictio* respectiva. Pero si los intereses se hubieran meramente pactado, dicho pacto no forma parte ni del mutuo ni de la *stipulatio*, razón por la cual ‘si te hubiere dado 10, para que me debas 11 por la *condictio* sólo te podré reclamar diez’ (D. 12. 1. 11. 1). Si bien el pacto no genera una *actio*, sí genera una *exceptio*”; DI PIETRO, *Derecho Privado...*, *op. cit.*, pp. 190 y ss. “El *pactum* no productor de acción pero sí de excepción, se contrapone a la *stipulatio*, que sí produce acción para el acreedor. Los bizantinos, poniendo en primer lugar la vigencia del *consensus*, admitirán que se puedan agregar pactos a estos negocios. Así, respecto a la *stipulatio*, aprovechando la desvirtuación de este negocio en la época postclásica (D. 12. 1. 40; D. 2. 14. 4. 3) y extendiéndolo al mutuo (D. 12. 1. 7). Pero le establecieron un límite, admitiendo los pactos que eran favorables al demandado (*pacta pro reo*), manteniendo una actitud distinta respecto de los que agravaban la situación del deudor, tales como el pacto

Los pactos agregados son calificados en el esquema de la teoría general del negocio jurídico como elementos accidentales, ya que son introducidos por expresa declaración de la voluntad de los contratantes. La declaración del pretor “*Pacta conventa... servabo*” (D. 2. 14. 7. 4), por la que protegía cualquier pacto no encuadrable en algunas de las categorías previstas por el *ius civile*, concediendo una excepción al demandado, ofrece un significado especial respecto de los acuerdos concluidos con ocasión de un contrato consensual, *pacta in continenti adiecta*. En estos casos, la *exceptio pacti* se consideraba inherente a los juicios de buena fe, sostiene Ulpiano en D. 2. 14. 7. 5. Esto significa que, en los casos de *pacta adiecta*, para el supuesto de ser *ex continenti*, éstos no generan *actiones*, sino que la acción que nace es la del respectivo contrato, que conlleva en sí mismos estos pactos. Por eso, se dice que los *pacta adiecta inesse bonae fidei iudiciis* (están contenidos en los juicios de buena fe) y que a veces (*ex continenti*) forman parte de la misma acción por la cual se reclama en el contrato. En cambio, para los *pacta adiecta ex intervallo*, la consideración es distinta, por cuanto se los considera distintos y autónomos, y valen como simples pactos, no generan acciones, sino solamente excepciones.⁷⁵¹

de intereses (D. 2. 14. 17. pr; D. 12. 1. 11. 1). Sin embargo admitieron la inserción en el mutuo de un pacto *pro actore*, como el pacto de solidaridad activa, que no hace a la naturaleza del mutuo y hubiera requerido una *stipulatio* (D. 46. 1. 71 pr; C. 4. 2. 5. pr, 9 y 12) y también el que permite al deudor hacer pagos parciales (D. 22. 1. 41. 1)”; BERGER, *op. cit.*, p. 6.

751 DI PIETRO, *Los negocios jurídicos...*, *op. cit.*, pp. 278. “D. 2. 14. 7. 5: a veces forma (el pacto) la misma acción, como en los juicios de buena fe; porque solemos decir que los pactos convenidos se contienen en los juicios de buena fe. Pero esto ha de entenderse así: que si los pactos subsiguieron inmediatamente están comprendidos también por parte del actor; mediando intervalo, ni lo estarán, ni valdrán si demandare, a fin de que del pacto no nazca acción... Sé que lo mismo

El vocablo *conventio* etimológicamente viene de *cum venire* (venir juntos),⁷⁵² según nos dice el *Thesaurus linguae latinae*: excepto en algunos pocos lugares no se lo encuentra antes de Salustio, resultando más frecuente a partir del siglo III d. C. En algunos textos del siglo I a. C. nos encontramos con expresiones que, si bien no se enuncian con el nominativo *conventio*, podrían ser entendidas por ciertos autores, en el sentido de convenciones. Así, en la *Rhetorica ad Herennium* (2, 13, 19) encontramos que su autor dice que el *ius* proviene de estas partes: de la naturaleza, de la ley, de la costumbre, de la condena en juicio, de lo equitativo y lo bueno, del pacto. Esta

respondió Papiniano, y que si, mediando intervalo después de la compra, se conviniere alguna cosa extraña a la naturaleza del contrato, no se puede por esta causa ejercitar la acción de compra conforme a la misma regla, para que no nazca acción del pacto; lo que también se habrá de decir en todos los juicios de buena fe. Pero por parte del demandado tendrá lugar el pacto, porque suelen también aquellos pactos, que después se interponen, producir excepciones"; BONFANTE, *op. cit.*, pp. 515 y ss; D'ORS, A. (1984). "Cuatro logros del genio jurídico romano." En *Revista La Ley*, T. 1984-B, pp. 597.

⁷⁵² MOSSET ITURRASPE, J. (1998). *Contratos*, Buenos Aires: Ediar, p.21; BERNARD, *op. cit.*, p. 217. "El término romano *conventio* aparece como el antecedente más remoto del carácter obligatorio de los pactos celebrados entre los contratantes a propósito de la *exceptio conventionis* (D. 2. 14. 36), con el mismo valor de la *exceptio pacti conventi*, en el marco jurídico del edicto del pretor. Precisamente, para la jurisprudencia romana el vocablo se concibe desde diversas perspectivas: ya como el instrumento hábil para obtener la resolución de un contrato de compraventa no cumplido (D. 2. 14. 58); ya como un valor predominante omnipresente en el ámbito de los negocios (D. 18. 5. 5. pr; D. 46. 3. 38. pr); bien como un elemento inherente a todo contrato y a toda obligación (D. 2. 14. 1. 3); o bien como un elemento común a todas las obligaciones nacidas *ex contractu*, de tal suerte que unos acuerdos privados producirían acción (contratos típicos) (D. 2. 14. 7. pr 1), en tanto que otros acuerdos atípicos solo generarían una excepción (*nuda pacta*) (D. 2. 14. 7. 4)."

lista enumerativa resulta extraña a la mentalidad de los juristas. La mención del *pactum* no nos puede inducir a entender acá el vocablo como contrato, sino que puede ser entendido en el sentido de *nuda pactio*, la que genera excepciones o, mejor aún, como *pactum adiectum*, o sea, el agregado a los contratos por voluntad expresa de las partes.⁷⁵³ La palabra *conventio* es entendida a veces por los autores clásicos como un convenio que se identifica con el *pactum*, donde la convención no genera acciones sino excepciones (D. 2. 14. 36; D. 2. 14. 33; D. 43. 26. 12. pr). Y en otros supuestos el sentido de *conventio* se dirige a los denominados *pacta adiecta* en los contratos consensuales que tramitan por medio de un *bonae fidei iudicium* (D. 2. 14. 58; D. 18. 5. 2; D. 46. 3. 80; D. 2. 14. 7. 6; D. 18. 5. 5. 1; D. 18. 1. 72; D. 18. 1. 9. 1; D. 19. 2. 51. pr).⁷⁵⁴

En la definición de *conventio*, en Ulpiano D. 2. 14. 1. 3, el sentido de la palabra significa el género, consistiendo en el *consensus* por medio del cual dos partes llegan a un acuerdo (*consentiunt*), que puede ser ya para contraer un negocio (*negotii contrahendi causa*), o para excluir una *actio* por medio de una excepción (*ope exceptionis*). El

⁷⁵³ DI PIETRO, *Los negocios jurídicos...*, *op. cit.* “D’Ors se expresa a favor de este último sentido, que el *pactum* aparezca frecuentemente en los retóricos como un tipo de documento, en Cicerón, *Part. orat.* 37, 130, cuando enumera entre las escrituras privadas el testamento escrito (*tabulae*), el documento contractual (*pactum conventum*) y la caución (*stipulatio*); de ahí también que se pueda decir que el *ius* nace del pacto: *ex pacto ius*. Y nos da como ilustración la función del pacto en la fiducia”

⁷⁵⁴ DI PIETRO, *Los negocios jurídicos...*, *op. cit.*, pp. 284-287; BERNARD, *op. cit.*, p. 225. “En el Derecho romano clásico en la conjunción, asimilación y práctica identidad de las nociones *pactum* y *conventio* (D. 50. 12. 3. pr; D. 20. 1. 4), merced a la labor efectuada por el pretor cuando atribuyera a los pactos un valor jurídico del que hasta entonces adolecieron, lo que se reflejará en la concesión de la pertinente *exceptio* como remedio procesal”

pactum conventum es una de las dos especies que este jurisconsulto nos da de las *conventiones*, siendo la otra la *conventio* para contraer un negocio. Seguidamente cita a Pedio, el cual no dice que el contrato está fundado en la *conventio*, ni menos aún que se identifica con ella. Solo dice que todo contrato contiene en sí mismo una *conventio*, ya sea de obra o de palabra, es decir, hace referencia a las obligaciones que nacen *re y verbis*, en especial al caso del mutuo y la *stipulatio*. No figuran las *litteris*, ya que estaban en su ocaso, pero tampoco las nacidas, *ex consensu*, las cuales las trata en D. 2. 14. 7. 1.⁷⁵⁵ Ulpiano,

⁷⁵⁵ DI PIETRO, *Los negocios jurídicos...*, *op. cit.*, pp. 277, 282 y ss, 290 y ss. “Ulpiano al establecer como genérica la palabra *conventio*, está indicando la distinción que encontrará y desarrollará entre las *conventiones*, término que es genérico y que comprende no solo a los pactos (*nuda pacta*), sino además a las formas de contraer un negocio. En D. 2. 14. 1. 3: La palabra convención es genérica, perteneciendo a todo aquello sobre que para contraer un negocio o transigirlo consienten los que entre sí lo tratan; porque así como se dice que convienen los de que diversos lugares se reúnen en un mismo lugar, así también los que por diversos movimientos del ánimo consienten en una misma cosa, esto es, se encaminan a un mismo parecer. Mas de tal modo es genérica la palabra convención que como discretamente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que en sí no contenga convención, ya se haga de obra, ya de palabra; porque aún la estipulación que se hace de palabra, es nula sino tuviera el consentimiento”; En igual sentido opina DILLON, G. (2003). “La autonomía de la voluntad y las condiciones generales del contrato de venta en el Derecho Romano y en el Código Civil Argentino”. En *Anais do V Congreso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano*. Fortaleza: Unifor, p. 331; DI PIETRO, A. (2001). “La teoría del *creditum* en Álvaro D’Ors”. En *Libro Homenaje a Álvaro D’Ors*. Lima: Altuve-Febres y Dupuy, pp. 102. “Lo que en realidad le ha interesado a Pedio es que hay obligaciones que no son contratos –el contrato es una especie dentro del género *obligatio*–, pero que también son convencionales, por ello es que menciona las nacidas *re* o *verbis*”; DI PIETRO, *Derecho Privado*, *op. cit.*, pp. 189. “Según Ulpiano (D. 2. 14. 1. 3.), la palabra *conventio* es un vocablo

al tomar como básica la palabra *conventio*, establece tres clases de convenciones: las *ex causa publica* y *ex causa privata*, subdividiendo esta última en *legitima* y en *ius gentium*. Las del primer grupo son ejemplificadas por las que se hacen por tratados de paz, cuando los generales pactan algo entre sí. Respecto de las segundas, no define ni ejemplifica a qué llama *conventio legitima*. Las nacidas del *ius gentium*, algunas generan acciones y otras excepciones, siendo estas últimas meros pactos (*nuda pacta*). Las convenciones que producen acciones no subsisten con su nombre, sino que pasan al nombre propio de un contrato, como compraventa, locación, sociedad, comodato, depósito y los demás contratos semejantes (D. 2. 14. 7. 1).⁷⁵⁶ Si la convención no es admitida con el nombre propio de un contrato pero subsistiera una causa, según le respondió Aristón a Celso, lo mismo hay una obligación. Así, te di una cosa para que me dieras otra. Sería el caso del llamado contrato innominado, en el cual Aristón ve un sinalagma (Ulp., D. 2. 14. 7. 2.).⁷⁵⁷

genérico que sirve para designar todo negocio, sea para celebrarlo o para transigir. Destaca que el elemento importante es el *consensus*, así como *con-venire* se dice respecto de dos o más personas que acuerdan ‘venir’ y encontrarse en un mismo lugar, en el *consensus* hay un *con-sentire*, cuando por diversos movimientos del ánimo se encaminan a un mismo parecer. Y agrega la cita de Sexto Pedio, según la cual ‘no hay ningún contrato, ninguna obligación que en sí no contenga una convención, ya se haga de obra, de palabra; porque aún en la estipulación que se hace de palabra, es nula si no tuviera el consentimiento’. Los bizantinos le dieron prevalencia efectiva al *consensus*, es decir al aspecto subjetivo del negocio por encima de la naturaleza objetiva de las prestaciones obligacionales.”

756 DI PIETRO, *La teoría del creditum...*, op. cit., pp. 102. “Ulpiano menciona los casos del Edicto XXIX, aunque alterando el orden del mismo, y cambiando el de *mandatum* por el de *commodatum* que carecía de una fórmula *in ius*.”

757 DI PIETRO, *Derecho Privado...*, op. cit., p. 189; DI PIETRO, *Los negocios jurídicos...*, op. cit., pp. 291y ss. “Respecto de la *conventio legitima*, Ulpiano no

Por lo tanto, la expresión *conventio* era perfectamente adecuada a las ideas con una extensión general, mientras que la expresión *pactum* era dotada, en la mayoría de los casos, de un sentido práctico y especial derivado del edicto del pretor.⁷⁵⁸

El vocablo *contractus*, en el sentido jurídico de contrato, no solamente no es usado por ninguno de los autores literarios ni historiadores de la época republicana, ni del período clásico. En latín se conoce el verbo *contrahere*, haciéndose de él muchas aplicaciones, ya sea para referirse a un hecho físico contraer la frente (*contrahere frontem*), respecto al acto de *contrahere captivos* (reunir los prisioneros), o en sentido moral, como por ejemplo, contraer una amistad (*contrahere amicitiam*). Es decir, este verbo arrojaba el significado de realizar, perpetrar, concitar, pero no se asociaba originariamente con el acto en sí de celebrar un contrato. Su primer uso no jurídico del que se

nos dice de que se trata. Solo figura el texto de Paulo en D. 2. 14. 6, el que dice que la convención legítima es la que se confirma por alguna ley, y por lo tanto, a veces del pacto nace o se pierde una acción, siempre que esté apoyado en ley o senadoconsulto. Dentro de la línea consensualista, fueron los compiladores justinianos quienes agregaron la mención de las *conventiones legitimae*, estableciendo que nacían por la fuerza obligatoria de determinadas Constituciones Imperiales. Suelen mencionar como ejemplos: el pacto dotal, el pacto de donación y el *compromisum arbitral* (llamados pactos legítimos). Para Ulpiano, estas convenciones mencionadas, son *conventiones legitimae*. En el D. 2. 14. 1. 4, los ejemplos de convenciones negociales mencionadas no significan que todas sean contratos. Se está refiriendo en general a las *conventiones* y lo único que nos dice es que en su mayoría no se las llama meramente convenciones sino que pasan a tener otro nombre. Ello resulta claro en D. 2. 14. 7. 1, donde se establece que las convenciones que provienen del *ius gentium* y generan acciones no subsisten con su nombre sino que pasan al nombre propio de un contrato.

⁷⁵⁸ ESTÉVEZ BRASA T. (1986). “Los *pacta* en el Derecho Romano y su recepción el Código Civil Argentino”. En *Revista La Ley*, 1986–E, p. 1073.

tiene noticias es Varro (*de re rust.* 1. 68): “habla de las uvas, manzanas y frutos que cuelgan, diciendo que se sabe cuando se las puede comer por el cambio de color y su estado de disecación (*contractu acionarum*)”. Y el uso jurídico más antiguo lo encontramos en Aulio Gelio (*Noctae atticae*, 4. 4), quien hablando de Servio Sulpicio aplica el vocablo a los *sponsalia*: “Se llama *sponsalia* al contraimiento de las estipulaciones y de las *sponsiones*”. Esto debe ser entendido como un empleo generalizado del verbo *contrahere*. El que creó el sustantivo de *contractus* y lo popularizo fue Gayo en sus *Institutas*, y lo hizo para explicar a sus alumnos el problema de la fuente de las obligaciones, recurrió a la expresión *contrahere obligationem* (contraer una obligación). Así como para la otra fuente existía una palabra precisa como ser *delictum*, o *maleficium*, para hablar de las formas voluntarias de contraer una obligación realizó un deslizamiento del verbo *contrahere* al participio pasivo *contractum* (lo contraído) y de allí resultó fácil gramaticalmente el paso al sustantivo *contractus*. A continuación se refiere a lo que comúnmente se entiende que son clases de contrato y en realidad está hablando de las “obligaciones contraídas”. Deja de usar el nominativo para decirnos que hay cuatro géneros de obligaciones: obligaciones contraídas por la cosa (*re*), por palabras (*verbis*), por escritos (*litteris*) o por el consentimiento (*consensu*). Con ello regresa al uso que era normal para su época de *contrahere obligationes*, ya que en los negocios existen esas cuatro formas pero no significa que todas esas sean propiamente “contratos” en el sentido que hoy día se le da al vocablo. Es decir que luego de haber sustantivizado *contractus* no utiliza las expresiones *contractus re, verbis, litteris, consensus*, sino que habla de las obligaciones. El *contractus* quedaba reservado en el derecho romano clásico al negocio reconocido por el *ius civile*, creador y fuente de obligaciones, sin que ello supusiera necesariamente partir de la existencia de un previo acuerdo de voluntades (*consensus*).⁷⁵⁹

⁷⁵⁹ DI PIETRO, *Derecho Privado...*, *op. cit.*, pp. 188 y ss. “No se corresponde con el

lenguaje coloquial para ser referido a un negocio, lo comprobamos al encontrarlo ausente en autores como César, Cicerón, Salustio, Livio, Tácito, Suetonio, y en los dos Plinios (*maior y minor*). Para otorgarle una congruencia lógica, cabría sospechar que ha utilizado el vocablo *contractus* como ‘contraimiento de obligaciones’, pero al establecer el nominativo *contractus* para todos los negocios establecidos entre dos personas, se estableció un uso posterior que se generalizó por los bizantinos, para que el contrato fuere la denominación genérica para designar convenciones bilaterales establecidas por las partes”; BERNARD, *op. cit.*, pp. 218 y ss. “El término *contractus* resulta posterior en el tiempo al del propio verbo *contrahere*, y su configuración podría haber sido obra de la jurisprudencia tardía republicana en el intento de designar concretamente la celebración de un acto jurídico, si bien el hecho incontestable de que fueran los contratos los actos jurídicos más habitualmente celebrados, explicaría tal asimilación y confusión, hasta el punto que la expresión *contractus* tendería a identificarse con la institución jurídica del contrato: ‘la obligación de una y otra parte, lo que los griegos llaman *synallagma*, como la compra, venta, locación, conducción y sociedad (...)’; esto es, una relación bilateral e incluso plurilateral proveniente de un acuerdo, cuya juridicidad radicaba en una obligación recíproca, de una y otra parte (*‘ultra citroque obligatio’*), a saber, el intercambio de servicios concebido en un sentido amplio. (...) Aun cuando los juristas romanos no nos proporcionan una definición propiamente dicha del contrato, lo cierto es que la jurisprudencia republicana atribuyó a la voz *contractus* una connotación especial, a la vez que privilegiada, toda vez que comprendería el acuerdo de voluntades reconocido por el *ius civile*, cumplidas las formalidades requeridas por este ordenamiento, lo que le atribuiría la facultad de ejercer la correspondiente acción procesal como mecanismo de protección jurídica. Sin embargo, dicha concepción hubo de matizarse desde el momento en que, por un lado, bajo la categoría de los contratos se incluirían determinados hechos lícitos que no constituirían negocios jurídicos bilaterales, no obstante lo cual, constituyeran una fuente de las obligaciones; y, por otra parte, el *ius civile* no validaba las obligaciones emanadas de todo acuerdo de voluntades que no cumpliera con las formalidades y solemnidades requeridas, lo que se traduciría en la práctica en la consecuencia de

Otra interpretación surgió de una cita de Labeón, recordado por Ulpiano (D. 50. 16. 19), que no parece haber sido objeto de mayor manipuleo por los compiladores. Se dice allí que algunos asuntos “se hacen”, es decir, se realizan por un *actum*, como cuando se hacen por palabras (*verbis*) en la *stipulatio*, o por la entrega de una cosa (*re*) como en el mutuo. También debió haber figurado lo hecho por escrito (*litteris*) suprimido por los compiladores. Otras “se gestionan”, son hechos de los que nacen obligaciones sin haberse convenido un acto previo (*negotiorum gestio*). Y otras “se contraen”, esto ocurre cuando “la obligación se contrae en forma recíproca de uno respecto del otro”, como ocurre en la compraventa, en la locación, en la sociedad (y debió haber agregado el mandato). A diferencia de Gayo, Labeón nos da un concepto restringido del *contractus*, aplicado a los contratos consensuales, que son aquellos que los griegos denominaban propiamente *synallagma*, ya que son negocios bilaterales de los que surge la reciprocidad de las obligaciones (*ultra citroque obligatio*). Éstos por ser “sinalgmáticos” son propiamente contratos.⁷⁶⁰ Por lo tanto, podemos decir que surgieron dos concepciones

que dicho acuerdo –*conventio*, mas no *contractus*– adoleciera del respaldo jurídico de la correspondiente *actio* procesal (*Institutas* de Gayo, 3-91). Gayo centrará la noción de *contractus* en el acuerdo de las partes, lo que aportará una nueva perspectiva de la figura como fuente de las obligaciones y, en tal sentido, le permitirá al jurista clásico reconducir y articular, fruto de un proceso de maduración jurídica, la noción de *contractus* como una unidad, motivo que justificaría la inserción en la categoría del contrato de los verbos *agere* (*re, verbis et litteris*) y *gerere*”; DI PIETRO A. (1967). *Institutas. Texto Traducido y con Notas del autor*. 1ª edición. La Plata: Librería Jurídica, pp. 212 y ss; CASTRESANA HERRERO, A. (2017). *Derecho romano. El arte de lo justo y de lo bueno*. Madrid: Tecnos, p. 239.

⁷⁶⁰ DI PIETRO, *Derecho Privado...*, *op. cit.*, pp. 188 y ss; BERNARD, *op. cit.*, pp. 219 y ss. “En el texto de Ulpiano parafraseando a Labeón (D. 50, 16, 19) se utiliza una tríada de infinitivos (*agere, gerere, contrahere*) y, mientras que los primeros contaron

del contrato, una concepción amplia, sostenida por Gayo, referida a los actos jurídicos por los cuales se contraen voluntariamente obligaciones y la otra restringida, sustentada por Labeón, que se refería solamente a los contratos sinalagmáticos.

En el período romano-helénico la esencia que diferenciaba el contrato de la convención y del pacto fue oscurecida, la distinción desapareció en el Derecho Justiniano, perdiéndose en el Derecho Medieval. El resultado sustancial fue que, salvo las causas expresamente vedadas, todo negocio efectuado entre las partes en el derecho moderno, viene a ser reconocido como contrato, es decir que generalmente se engendra una obligación a base del mero consenso.⁷⁶¹

con un mero valor descriptivo-clasificador en el derecho romano, sin embargo, el último, contuvo una gran potencialidad pues, amén de los contratos típicos allí mencionados –compraventa, arrendamiento, sociedad–, la referencia efectuada a la expresión genérica ‘*ultra citroque obligatio*’ permitiría incorporar bajo su manto los acuerdos en los que las partes asumían obligaciones recíprocas, estuvieran o no comprendidas en alguna de las modalidades contractuales señaladas, de tal suerte que el incumplimiento del acuerdo facultaría al otro contratante a hacer valer en juicio su derecho mediante el genérico instrumento procesal de la *actio praescriptis verbis*”; En el mismo sentido GARÓFALO, L. (2019). “Voz: Contrato e causa”. En CASTRESANA, A. (coord.). *800 años de Historia a través del Derecho romano*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 157 y ss.

⁷⁶¹ BERNARD, *op. cit.*, pp. 226 y ss. “Los compiladores justinianos añadirán a la jurisprudencia clásica y a la legislación imperial su propia noción del *contractus*, lo que generará una nueva configuración de los pactos en el Derecho Romano, sobre la base de la aproximación, rayana a la sinonimia en la práctica, entre los términos *pactum* y *conventio*, una convergencia debida fundamentalmente a varias razones, entre las que podemos señalar la desaparición del pretor como magistrado titular de la *iurisdictio*; la mayor importancia progresiva adquirida por los pactos, desde la óptica procesal y sustantiva; o la irrupción en la escena negocial de los *pacta legitima*, cuya fuerza obligatoria se equipara a la de los contratos. Al mismo tiempo,

El derecho bizantino acentuó el elemento común del *consensus* y alcanzó su punto culmine en Teófilo (Paráfrasis, 3. 13. 2), que define el contrato como *conventio* y *consensus* dirigido a la constitución de obligaciones, por lo tanto todo contrato conlleva una convención.⁷⁶² Esta reelaboración bizantina es tomada de las definiciones que comprenden en el concepto de *pactum*, de otra manera llamada *conventio*, todos los contratos nominados e innominados y además los acuerdos excluidos del amplio sistema contractual justiniano. A ello se debe la minuciosa doctrina de los *pacta adiecta* con sus distinciones.⁷⁶³

se tiende a considerar los contratos como *pacta*"; BURILLO LOSHUERTOS, *op. cit.*, p. 169; ALBURQUERQUE, *op. cit.*, p. 85; STURM, *op. cit.*, pp. 136 y ss; BONFANTE, *op. cit.*, pp. 520 y ss. "En el Derecho Moderno la causa contractual casi desaparece, y ha pasado a segunda línea con respecto al consenso, y donde en el Derecho Romano constituye la causa objetiva del reconocimiento jurídico, los modernos la refieren al motivo subjetivo de las partes, la contraprestación o hasta el espíritu de liberalidad. Por ello, también el nombre de convención se ha hecho sinónimo de contrato, y el contrato mismo se ha hecho una categoría general y abstracta, en la que prevalece el significado del acuerdo".

⁷⁶² DI PIETRO, *Derecho Privado...*, *op. cit.*, pp. 188 y ss. "El sistema cerrado de contratos no se basó en la mera expresión de la voluntad verificada en el *consensus*. Había que atender siempre a la causa. Cuando no hay causa no puede constituirse una obligación (Ulp. D. 2. 14. 7. 4). Esta causa tiene que ser admitida por la protección jurisdiccional de una *actio* y las características de cada contrato es la que determina cuando este se perfecciona"; BERNARD, *op. cit.*, pp. 220 y ss. "En la época justiniana es cuando el acuerdo de voluntades o consentimiento (*consensus*) alcanzará la cualidad de elemento esencial del contrato, lo que se traducirá en algunas consecuencias de enorme envergadura, entre ellas, que toda *conventio* de la que surgieran obligaciones sería reputada *contractus*; y que no sería tenido por *contractus* el negocio jurídico que adoleciera de un acuerdo de voluntades".

⁷⁶³ ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, p. 395; DI PIETRO, *Los negocios jurídicos...*, *op. cit.*, pp. 310 y ss. "Con la elaboración doctrinaria de la *natura contractus*, los bizantinos

III. Origen del principio *pacta sunt servanda* en el derecho romano

Entre los caracteres genéricos de los sistemas jurídicos de la Antigüedad, el formalismo es el que tuvo una mayor incidencia en la regulación jurídica de las obligaciones contractuales. Su presencia definió la inexistencia de un concepto abstracto de contrato y en su ausencia, la aparición de un elemento de distintas formas de creación de obligaciones jurídicas, en función del modo predeterminado en que se produjeran los acuerdos entre las partes. La sanción jurídica de estos acuerdos se garantizaba a través de las acciones judiciales que se reconocían a los particulares para exigir su cumplimiento. La forma, en principio, tenía carácter ritual, ya que era el sacerdote la máxima autoridad encargada de imponer coactivamente cualquier actuación. Al separarse las funciones religiosa y jurídica, siguieron siendo indispensables los signos externos para que lo pactado resultase exigible ante las autoridades. El formalismo en los vínculos jurídicos privados no fue sino una consecuencia de la indeterminación entre las vertientes sustantiva y procesal del derecho, que tuvo una de sus manifestaciones más importantes al momento en que se desacralizaron las fórmulas negociales, en el nacimiento de la jurisdicción voluntaria.⁷⁶⁴

buscaron ampliar la posibilidad de vigencia de los pactos en los negocios contractuales. Pero también hay que dejar aclarado que con ello no llegan de ningún modo hasta el extremo de afirmar la libertad contractual sobre la base consensualista de que todo acuerdo entre las partes, es decir, la *conventio*, es directamente un contrato; sino que han conservado la tipicidad de las distintas figuras (incluidas también en la forma limitada por la cual admiten los contratos innominados, dependientes siempre del cumplimiento de una de las prestaciones de *datio*):

764 KEES, A. (2005). "La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del Derecho

Por consiguiente, en Roma, en la etapa del derecho arcaico, la voluntad no tenía el papel soberano que más tarde adquiriría. No bastaba por ella misma, era indispensable el cumplimiento de las formas legales, no era solo una cuestión de prueba. Primaba el concepto de que la mera voluntad no bastaba para crear obligaciones si no recibía el apoyo de la ley, para lo cual debían cumplirse las formalidades que ésta establecía.⁷⁶⁵ Es decir, el sistema romano no se basó en la mera expresión de la *voluntas* en el *consensus*, había siempre que atender a la causa, cuando no hay causa no puede constituirse una obligación (D. 2. 14. 7. 4), y a su vez esta causa tiene que ser admitida por la protección jurisdiccional de una *actio*.⁷⁶⁶

Civil!" En KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (ed.). *Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*. Santa Fe: Editorial de la Universidad Nacional del Litoral p. 239. "En los procedimientos de jurisdicción voluntaria, las partes, buscando para sus acuerdos los caracteres de irrevocabilidad, firmeza y ejecutoriedad, con el fin de dar mayor juridicidad a ese derecho surgido de la obligación contraída, utilizaba las antiguas fórmulas del proceso ficticio. No hubo por tanto, en este primer período un contrato como figura abstracta, sino únicamente distintas formas de generar obligaciones, varios tipos contractuales, cuyo número fue creciendo junto al desarrollo de las comunidades y de las necesidades de tráfico de los sujetos privados."

⁷⁶⁵ BORDA, G. (1998). *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 106; BORDA, G. (1983). *Manual de Contratos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 13; BERNARD, *op. cit.*, pp. 229 y ss.

⁷⁶⁶ DI PIETRO, *Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 188. "El dogma modernista de la 'autonomía de la voluntad' el cual las partes pueden establecer cualquier contrato simplemente porque éstas lo han convenido, no se da en el Derecho Romano y menos en muchos códigos modernos, de que por un contrato no solo se puede hacer nacer, sino también modificar o extinguir obligaciones. El sistema contractual romano se reduce a una serie limitada de 'causas', de tal modo que cada una de ellas corresponde a una *actio*. La mera convención nada es sin la causa"; RISOLÍA, M. (1958). *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*. Buenos Aires:

Pero encontramos en el derecho romano antiguo ejemplos que demuestran la fuerza obligatoria y eficacia jurídica atribuida al pacto, tal como sucede en la Ley de las XII Tablas, cuando, en materia procesal, recurre a la expresión *pacere* como expresiva de la consecución de la paz tras el cese del inicio o de la continuación de un pleito. Al respecto, la Tabla 8. 2. establece: “Si se rompiera un miembro, que sea talión”, por lo que erige el pacto como antídoto frente a la rigurosa aplicación de la ley del talión, si bien la Ley Decenviral no especifica ni el proceder, ni las consecuencias de tal acuerdo, aun cuando en tal caso el *pactum* no hacía surgir una nueva relación obligacional, sino que eludía la aplicación de una norma concreta sobre la persona autora de una *iniuria*, y así evitar mediante el pacto una consecuencia afflictiva emanada directamente de la *actio iniuriarum*. Además, la Tabla 1, 6-7 disponen: “Cuando haya pacto proclámese”; “Cuando no lo haya resúmase la causa en el Comicio o en el Foro antes de mediodía. Cuando expongan sus razones, estén presentes ambos”. También los numerales 8 y 9 de la Tabla 1 establecen: “Después de mediodía resuélvase el litigio a favor de quien haya comparecido”; “Si los dos están presentes, sea la puesta del sol el término improrrogable para resolver”, éstos aluden al pacto entre los litigantes y quien los hubiera de juzgar (el magistrado en la fase

Abeledo Perrot, pp. 54 y ss. “Se remonta al pensamiento aristotélico la idea de contrato como ley hecha por los particulares en vista de un asunto determinado, sosteniendo que el derecho antiguo conoció la autonomía de la voluntad. Su argumentación se sustenta en que en el derecho romano, su ritualismo litúrgico y los derechos de los pueblos germánicos de idéntico formalismo se invalidaban las convenciones desprovistas de *nomen* o de causa; pero no se negaba la potencia original que surge de la voluntad autónoma”; KEES, *op. cit.*, p. 240. “Los romanos de esta época optaron por interpretar las relaciones jurídicas desde la perspectiva de la *actio* y no del derecho, por cuanto estos carecían de teoría elaborada, lo que no sucedía con las acciones”.

in iure o el juez en la fase *apud iudicem*). Por lo que no se confiere eficacia directa a un pacto acordado entre los litigantes, sino que su verdadero efecto radicaba en evitar la acción procesal interpuesta en tanto en cuanto se gestaba entre las partes una transacción sobre el objeto del litigio. Del mismo modo aplicaban, con los efectos señalados, los pactos celebrados en el caso *de furtum manifestum*, al evitar la imposición de la pena prevista por una norma concreta y determinada (*addictio*) toda vez que, en su virtud, se posibilitaba la transacción a fin de evitar el triunfo de la *actio furti* “porque aún sobre el hurto permite la ley pactar” (D. 2, 14, 7, 14).⁷⁶⁷

A su vez, Aulo Gelio en su obra *Noches Áticas*, en el comentario a la Tabla 3, reconoce la facultad existente entre el deudor condenado y el demandante triunfador en su demanda de lograr un pacto que tuviera por objeto evitar la aplicación del procedimiento ejecutivo.⁷⁶⁸

Los orígenes del principio *pacta sunt servanda* son remotos. En el D. 50. 16. 219, Papiniano expresaba que “en las convenciones se

⁷⁶⁷ BERNARD, *op. cit.*, pp. 235 y ss; PEROZZI, S. (1928). *Istituzioni di diritto romano*. Vol. 2. Roma: Athenaeum, pp. 367 y ss; FUENTESECA, P. (1978). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Gráficas, pp. 38 y ss., 310-318; BURILLO LOSHUERTOS, *op. cit.*, pp 153; RASCÓN GARCÍA, C. y GARCÍA GONZÁLEZ, J. M. (1993). *Ley de las XII Tablas. Estudio preliminar, traducción y observaciones*. Madrid: Tecnos, p. 3; GIOFFREDI, C. (1973). “Rem ubi pacunt, orato XII tab. I, 6-9 (per la critica del testo decenvirale)” En *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, N°15, pp. 271 y ss.

⁷⁶⁸ AULO GELIO (2009). *Noches Áticas*. Traducción al español de M. Carmen Barrigón Fuentes y Jesús M. Nieto Ibáñez. Madrid: Akal, pp. 709 y ss; BURILLO LOSHUERTOS, *op. cit.*, p. 153. “El recuerdo de esta función jurídica de los pactos como paralizadores de acción, aflora etimológicamente bastantes centurias después en la definición de Ulpiano (D. 2. 14. 1, 1-2): *pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nom-en appellatiim est) et est pactio duorum pluriumve in ídem placitum et consensus*”

atiende a la voluntad de los contratantes más bien que a las palabras”.⁷⁶⁹ El fragmento del jurista Javoleno en D. 19. 2. 21 señala que los contratos tienen fuerza de ley por tratarse de un acuerdo pactado. Así, podemos obtener un punto de conexión fiable con el espíritu de este principio, en la medida de que una de las fuentes de las obligaciones romanas resulta ser el contrato (I. 3. 13. 3), la voz *obligatio* (del verbo *obligare*, I. 3. 13. pr, D. 447. 3) inspira y aporta la idea de sujeción, atadura, ligamen, que por derivación lógica se traslada también al escenario de los contratantes en virtud del contrato celebrado.⁷⁷⁰

Es necesario destacar el aporte efectuado por el derecho pretoriano a la evolución del derecho romano en general y a la configuración del principio *pacta sunt servanda* en particular, ya que el pretor consecuente con los principios de las XII Tablas le reconoce eficacia al pacto concertado por las partes con el fin de renunciar total o parcialmente a una acción actual o eventual. Los juristas suelen mencionar el contenido del Edicto del Pretor, bajo la caracterización de este principio general, entendido como todos los pactos, como acuerdos de voluntad deben ser mantenidos y aplicados, puesto que incluso Ulpiano en D. 2. 14. 1.pr manifestaba que “es natural la equidad de este Edicto. Porque ¿qué cosa hay tan conforme a la fe humana, como cumplir los hombres lo que entre sí pactaron?”. Sin embargo, de la lectura de D. 2. 14. 7. 7 no surge que generaran acciones para su cumplimiento. El pretor se refirió aquí a los pactos que generan

⁷⁶⁹ COLOMBO, L. (2009). “El contrato dirigido y el retorno a la autonomía de la voluntad”. En *Revista La Ley: Obligaciones y contratos, doctrinas esenciales*. Tomo IV, pp. 269. “Si nos remontamos a épocas más lejanas esta norma figura en el Manava Dharma Sastra, conocido como leyes de Manú, en él se encuentran versículos que revelan la existencia implícita de la libertad de contratar siempre que se respetasen las imposiciones de la costumbre”

⁷⁷⁰ BERNARD, *op. cit.*, pp. 234.

excepciones. Por ello es que establece que estos pactos serán respetados y aplicados siempre y cuando no se encuentren en ellos ni dolo malo, ni nada contra las disposiciones legales que produzcan un fraude. Aunque dicha promesa mantenida por el pretor en su edicto concediera fuerza al pacto, tal circunstancia no debe interpretarse como un aval absoluto del consensualismo, tal cual si se tratara de una protección omnímoda de toda *conventio*, sobre todo cuando, en puridad, más que pretender constituir relaciones jurídicas, su finalidad era evitar un potencial litigio a través del instrumento procesal de la *exceptio*, asumiendo el *pactum* un carácter accesorio, al quedar ligado a un contrato previo, o a una relación jurídica preexistente.⁷⁷¹

El principio analizado también aparece presente en C. 2, 3, 12: “La equidad, así del derecho, como de la cosa misma, exige, que deban guardarse los pactos más recientes. Por cuya razón, si en el convenio, que precedió, convino la parte contraria en que ella no lo utilizará, y sobre todo, si, como dices, también afirmó lo mismo en acta ante el presidente, no se te prohibirá ejercitar la acción que había habido

⁷⁷¹ BURILLO LOSHUERTOS, *op. cit.*, pp. 154 y ss; BERNARD, *op. cit.*, pp. 235-237. “Se ratifica mediante la garantía aportada por el edicto del pretor a los pactos convenidos, al mantener su eficacia siempre que respetaran el Derecho del momento y no lo defraudaran, una garantía reflejada en la *exceptio pacti conventi*, que tendería a neutralizar toda *actio* contraria al *pactum* celebrado”; DI PIETRO, *Los negocios jurídicos...*, *op. cit.*, pp. 280 y ss. “Esta reserva era algo que no correspondía indicar para los *pacta adiecta*, que forman parte del contenido de contratos consensuales, los cuales se tramitan por medio de un *bonae fidei iudicium*, ya que en éste es el propio juez quien tiene la potestad de rechazar todo *pactum adictum* que contuviera algo doloso, ilícito o fraudulento. El pretor se refirió aquí a los pactos de exclusión de acción, principalmente a la *transactio* y no a los *pacta adiecta*, que quedaban sancionados por las mismas acciones de buena fe. Esto explicaría la ubicación del Edicto en sede procesal, donde se trataba de los preliminares del proceso. En el Libro II, Título XV, se trata el tema de las *Transactiones*. Al respecto, Lenel había

sobre el primer convenio”. Se evidencia que la expresión “*servario portet*” equivale a observar y cumplir lo pactado, del mismo modo que sucede con los pactos más recientes y solo éstos con carácter excluyente, dando pie con ello, por argumento *sensu contrario*, a admitir como factible la posible revisión de los pactos que no son de fecha tan reciente, o incluso los que ya existen desde hace tiempo.⁷⁷²

IV. Recepción del principio en el derecho intermedio

En las Siete Partidas, el tema es abordado en forma directa. La Partida V, Título XI, Ley I, al referirse a la *promissio* dice que es

el otorgamiento que fazen los omes unos con otros, por palabras e con entención

observado que tanto en este Edicto *De Pactis*, como en el de *quod metus causa*, con el anuncio allí efectuado ‘*pacta conventa...servabo*’, se ofrecía algo más que una simple *exceptio*. Ello ha hecho pensar a Magdelain en la posibilidad de una *actio*. Pero de ahí no se deduce que tal anuncio se refiera a verdaderas acciones, las cuales no se encuentran en el Edicto Pretorio. Lenel aclara que lo que hacía el pretor en ‘*De Pactis*’ era la defensa de los pactos por dos trámites posibles, la *exceptio* que podía argüir el demandado y la *denegatio actionem*, por la cual el pretor, ante la presencia del *pactum*, podía rechazar la acción (D. 44. 5)”; LENEL, O. (1901). *Essai de reconstitution de l' Edit Perpetuel*. Traducido por Frédéric Peltier. Tomo I. París: Larose & Forcel; PELLECCHI, L. (2009). “La posizione dell' exceptio pacti nell'Editto del Pretore”. En *Revue historique de droit français et étranger*, Nº 87, pp. 143-180; D’ORS, A. (1981). *Derecho Privado Romano*. Pamplona: Editorial de la Universidad de Navarra, pp. 141; TALAMANCA, M. (1960). “La storia dell' edictum de pactis”. En *Labeo*, Nº 6, pp. 278 y ss.

⁷⁷² BERNARD, *op. cit.*, pp. 238 y ss.

de obligarse, auniendose sobre alguna cosa cierta, que deuen dar, o fazer, unos a otros. E tiene gran pro, a las gentes, quando es fecha derechamente, e con razon. Ca aseguran a los omes, los unos a los otros, lo que prometen e son tenudos de lo guardar. En fazese desta manera; estando presentes amos los que quieren fazer el pleyto de la promission, e diziendo el uno al otro: Prometesme, de dar, o de fazer tal cosa; diciendola señaladamente, e el otro respondiendo, que si promete, o que lo otorga de cumplir. E respondiendo por estas palabras, o por otras semejantes dellas, finca por ende obligado, e es tenudo de cumplir lo que otorga, o promete de dar, o de fazer: e maguer los que fazen tal pleyto non fablassen amos un lenguaje, como si el uno fablasse latino, e el otro arauigo, vale la promission; solamente que se entienda el uno al otro, sobre la pregunta, e respuesta. Esso dezimos, que seria, si fuessen amos de dos lenguajes, maguer non lo entendiesse el uno al otro, e estando amos presentes firmassen el pleyto entre si por alguna trujamania, en que se auiniessen amos a dos, valdria la promissio tambien como si se entendiessen, los que fazen el pleyto.

El mismo concepto se encuentra en su esencia en la Partida V, Título V, Ley VI, referente a la compraventa, diciendo que

compra e vendida se puede fazer en dos maneras. La una es con carta, e la otra sin ella, e la que faze con carta, es quando el comprador dize al vendedor: quiero, que sea desta vendida carta fecha. E la vendida que desta guisa es fecha, maguer se auengan en el precio el comprador, e el vendedor, non es acabada, fasta que la carta sea fecha, e otorgada: porque ante desto puede arrepentir cualquier dellos. Mas despues que la carta fuesse fecha, e acabada con testigos, non se podria ninguno dellos arrepentir, nin yr contra la vendida, para desfazerla. E sin carta se podria fazer la vendida, quando el comprador, e el vendedor, se avienen en el precio, e consienten amos en ello. Assi que el comprador e el vendedor, se pagan cada uno de la cosa, e del precio, non faziendo mencion de carta. Ca entonces dezimos que seria acabada la vendida que assi fiziessen, maguer non diesse señal ninguna el comprador al

*vendedor, porque serian ambos tenudos de cumplir el pleyto, que assi ouiessen puesto.*⁷⁷³

V. Análisis comparativo de los términos convención, contrato y pacto en el derogado Código Civil de Vélez Sarsfield y en el actual Código Civil y Comercial

El artículo 1137 del derogado Código Civil argentino de Vélez Sarsfield disponía que “hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de la voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.

Hay que preguntarse si contrato y convención son sinónimos en la terminología jurídica. Del punto de vista etimológico, contrato deriva de *contra* (obligaciones). Por consiguiente, parece apropiado circunscribir este concepto a los acuerdos de voluntades cuyo objeto es crear o modificar obligaciones entre las partes. Convención, en cambio, comprende todo acuerdo destinado a crear, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones, éste sería el género y el contrato la especie. En este sentido se pronuncian algunos autores citados en la nota al artículo antes mencionado. Nuestro codificador Vélez se inclinó por el concepto de Savigny, de Maynz y Domat, citados en dicha nota, para los cuales contrato y convención jurídica son términos equivalentes.⁷⁷⁴

⁷⁷³ MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1885). *Códigos Antiguos de España*. Tomo I. Madrid: Administración Arco de Santa María, pp. 528 y 547; COLOMBO, *op. cit.*, pp. 269.

⁷⁷⁴ BORDA, *Tratado de Derecho Civil...*, *op. cit.*, pp. 103 y ss. “Freitas es el más claro en la materia y expresa que ‘habrá contrato, cuando dos o más personas

acordasen entre sí alguna obligación u obligaciones recíprocas a que correspondan derechos creditorios, es decir que una de las partes se constituye deudora, y la otra acreedora, o que ambas sean recíprocamente deudores y acreedores". Por lo que la idea de contrato presupone una idea superior de convención. Por otro lado Aubry y Rau define 'convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, y un contrato es la convención en que una o muchas personas se obligan hacia una o muchas personas a una prestación cualquiera'. Duranton, 'distinguiendo las convenciones de los contratos, dice que ellas no comprenden solo a los contratos, sino que abrazan todos los pactos particulares que se les pueden agregar. Todo contrato es una convención; pero no toda convención, aunque tenga efectos civiles, es contrato. La palabra convención es un término genérico que se aplica a toda especie de negocio o cláusula que las partes tengan en mira: Además cita a Pothier y el artículo 1101 del Código de Napoleón, que define el contrato como 'la convención por la cual una o más personas se obliga, con otra u otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa'. Savigny opinaba 'que es preciso, tener en consideración el objeto de la voluntad, que para que derive en contrato tiene que ser relativo a una relación de derecho. Si pues, dos personas acuerdan sostenerse mutuamente por sus consejos en la adquisición de una ciencia, o de un arte, sería impropio dar a este acuerdo el nombre de contrato, porque en este caso, la voluntad no tiene por objeto una relación de derecho; la diferencia radica entonces en el carácter jurídico del objeto. Maynz, por su parte, consideraba que 'los contratos son aquellas manifestaciones de voluntad que tienen por objeto crear o extinguir obligaciones, en el mismo sentido opinaba Domat, pero concebía en forma más amplia el universo del contrato"; BORDA, *Manual de Contratos, op. cit.*, p. 7 y ss; ESTÉVEZ BRASA, *op. cit.*, p. 1072. "Savigny da la siguiente definición de contrato, es el acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas"; SALVAT, R. (1957). *Tratado de Derecho Civil Argentino: Fuentes de las Obligaciones. Tomo I*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, pp. 19 y ss; ALTERINI, A., AMEAL, O. y LÓPEZ CABANA, R. (1996). *Derecho de las Obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 652. "El Esboço distinguió con claridad el contrato, la convención jurídica y la simple

Pero aquí se planteaba una controversia porque el artículo 1169 del Código Civil establecía que la prestación objeto de un contrato podía consistir en la entrega de una cosa o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria. La expresión contrato se reservaba a los negocios de contenido patrimonial y convención se aplicaba no solo a los patrimoniales, sino también a los extrapatrimoniales. La norma citada decía “puede” y no “debe”, por consiguiente, el artículo mencionado no limitaba el concepto de contrato a las convenciones de carácter patrimonial, solo había una coalición entre el artículo 1137 y 1169 que debía resolverse en el sentido amplio que le asignaba al concepto de contrato definido en el artículo 1137 del Código Civil. La redacción que utilizó nuestro codificador al definir el contrato en este artículo del Código Civil argentino fue poco feliz, puesto que en ella se incluía toda declaración destinada a reglar los derechos de las partes, fórmula no solo comprensiva de los pactos que crean derechos, sino también de los que los modifican o extinguen. Desde este punto de vista, nuestra legislación no hacía distinción entre contrato y convención. La doctrina concluía en ese momento que el Código Civil

convención: ‘habrá contrato cuando dos o más personas acordasen entre sí alguna obligación u obligaciones recíprocas, a que correspondan derechos creditorios; o la modificación de tales obligaciones’ (artículo 1830); ‘si acordaren entre sí la extinción de tales obligaciones, u obligaciones a que no correspondan derechos creditorios, que puedan sin embargo ser judicialmente demandadas, u otras relaciones regidas por este Código, habrá una convención jurídica, pero convención y no contrato’ (artículo 1831); ‘si acordasen relaciones no regidas por este Código, u obligaciones que no pueden ser judicialmente demandadas, o hechos que no producen obligaciones, habrá una convención, pero convención que tampoco es contrato’ (artículo 1832)”; SCHIPANI, S. (2007). *Código Civil de la República Argentina. Con la traducción de Idelfonso García del Corral de las Fuentes Romanas citadas por Dalmacio Vélez Sarsfield en las notas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, pp. 391-392.

definía más bien el concepto de convención que propiamente el de contrato. Cabe agregar que, aunque estaba muy dividida acerca del alcance de las figuras jurídicas, la doctrina distinguía entre contrato, convención y pacto. La convención era el género aplicable a toda especie de acto o negocio jurídico bilateral que las partes tenían en mira, ya sea que se trate de negocios patrimoniales o familiares. El contrato actuaba aunque con amplitud en el campo de las relaciones jurídicas creditorias u obligacionales. El pacto aludía a las cláusulas accesorias que modificaban los efectos normales o naturales de los contratos típicos, o sea, a aquellos efectos previstos por el legislador de un modo supletorio y que las partes podían excluir o bien ampliar o reducir, (por ejemplo, pacto comisorio, en la teoría general y los previstos para la compraventa: pacto retroventa, reventa, mejor comprador, etc.).⁷⁷⁵

775 BORDA, *Tratado de Derecho Civil...*, *op. cit.*, pp. 103 y ss; BORDA, *Manual de Contratos*, *op. cit.*, pp. 7 y ss. “Cuando hablamos de convención, nos referimos a la que tiene carácter jurídico, es decir, aquella que tiene por objeto reglar los derechos de las partes y no a la convención simple o no jurídica que es un acuerdo de partes sobre relaciones ajenas al campo del derecho”; GARRIDO, R. y ZAGO, J. (1993). *Contratos Civiles y Comerciales. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Universidad, pp. 35. “La postura de nuestro codificador ha sido relativamente restrictiva, pero en el artículo 1137 en cambio ha definido al contrato en el sentido asignado a la convención jurídica, yendo aún más allá de quienes interpretan que el contrato permite no solo crear sino también modificar, transformar y extinguir obligaciones patrimoniales jurídicamente exigibles”; ESTEVEZ BRASA, *op. cit.*, p. 1075. “La convención era el acuerdo. También el pacto, el convenio, la estipulación (no la romana) genérica, lo tratado por las partes, no el tratado sino el trato, el contrato. Pero no había sinonimia, la convención era el presupuesto del contrato, los términos en que ese contrato tendría vida jurídica”; ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, *op. cit.*, p. 652. “Llambías sostenía que acto jurídico, convención y contrato eran expresiones de la voluntad que estaban en una línea progresiva de

El contrato al que aludía el Libro II, Sección III, Título I, del Código Civil argentino derogado era generador de obligaciones. Las figuras que allí aparecían eran fuentes de las obligaciones, con la sola excepción de la sociedad conyugal, cuya defectuosa ubicación se explicaba porque Vélez la creyó asimilable a la sociedad como contrato *stricto sensu* (artículo 1262 del Código Civil).⁷⁷⁶

El actual Código Civil y Comercial regula la materia de los contratos por medio de una parte general en el Libro Tercero “Derechos Personales”, Título II, en el Capítulo I. El artículo 957 del cuerpo legislativo establece: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual

particularización. El concepto más amplio era el de acto jurídico que se refería al hecho humano voluntario lícito efectuado con el fin inmediato de establecer relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos (artículo 944). Dentro de ese género, la convención abarcaba los actos jurídicos bilaterales, y dentro de éstos eran contratos los que tenían contenido obligacional, es decir las convenciones que creaban, modificaban, o extinguían obligaciones, en el sentido técnico que tenía el concepto”; MOSSET ITURRASPE, *op. cit.*, pp. 27-28; BUERES, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado. Tomo 1*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 555; LORENZETTI, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo V (arts. 724 a 1020)*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 529 y ss.

⁷⁷⁶ ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, *op. cit.*, pp. 652-653; BORDA, *Tratado de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 104 y ss. “La Sección Tercera, del Libro Segundo lleva por título ‘De las Obligaciones que nacen de los contratos’; en los primeros artículos se reúnen las disposiciones generales sobre los contratos y luego se trata de los contratos en particular, entre los que se incluye la sociedad conyugal. Lo más importante del método del Código es la reunión de las disposiciones comunes a todos los contratos en un título preliminar que constituye una verdadera teoría general de los contratos. Este título se ha separado del conjunto de las obligaciones en general, inspirándose en el Código francés y en Freitas, criterio seguido luego por el Código Civil brasileño y el italiano.”

dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. Esta definición brinda mayores precisiones, aclara que el contrato es un acto jurídico, lo que permite aplicar analógicamente las reglas legisladas sobre tal instituto a éste para complementarlo o en aquellos temas que no se hubiera legislado en forma concreta por tratarse de su causa fuente (y no solo en lo relativo al objeto como lo hacía el artículo 1167 del Código Civil derogado, o por remisiones aisladas de otras normas). Luego se incorpora el concepto de parte a la definición, estableciéndose así que la formación del contrato no necesita acumular sujetos de derecho sino verificar la existencia de distintos centros de interés, incluso para el caso de un único sujeto actuando por intereses diferentes. Se aclara la terminología jurídica utilizada en el sentido de que se hace hincapié en que es el consentimiento el presupuesto relevante para arribar a la constitución del contrato y no la simple declaración de voluntades, porque ello no necesariamente implica la intención de alcanzar esta figura jurídica. Esto también permite determinar que el contrato será un acto jurídico bilateral o plurilateral en su caso. Finalmente se ratifica y confirma el seguimiento de la tesis amplia de la noción de contrato, al indicarse de forma expresa que el contrato no solo tiene la función de colocar a derecho a la parte (como lo hacía la anterior definición), sino que cubre todas las variables generadoras de efectos jurídicos por tratarse de un acto jurídico (crear, regular, modificar, transferir o extinguir), y atinentes a cualquier clase de derecho patrimonial (además de personales, los reales e intelectuales) y no solo relativo a las obligaciones. La preposición “para” empleada en el texto pone de manifiesto la importancia de la finalidad en el contrato. Ella es esencial, pues todo contrato importa una disposición sobre la libertad que, en tanto no se violen los límites a ella razonablemente establecidos, debe ser protegida.⁷⁷⁷

⁷⁷⁷ BUERES, *op. cit.*, pp. 555 y ss; HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO,

S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo III. Libro Tercero. Artículos. 724 a 1250*. Buenos Aires; Infojus, pp. 335 y ss. “El CCC define al contrato como una especie del género acto jurídico, es voluntario y lícito que tiene la particularidad de que se establece por el consentimiento de dos o más partes. La voluntad a la que se hace referencia debe ser expresada por sujetos capaces; adecuadamente exteriorizada; no encontrarse afectada por algún vicio de error, dolo o violencia, ni haber dado lugar a un acto jurídico que adolezca de lesión, simulación o fraude; a lo que se agrega que dicho acto debe respetar las exigencias que, en materia de objeto y causa, establece el propio Código. Como acto jurídico, el contrato tendrá por objeto diversas operaciones que proyectarán sus efectos sobre la realidad en la que se produce. La construcción jurídica elaborada por las partes habrá de crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (referidas a derechos personales, reales o intelectuales) y tal es el elemento que distingue al contrato de cualquier otra forma de acuerdo al que pueden arribar dos partes, pues será contrato cuando la relación jurídica establecida sea patrimonial, aunque no pueda recibir ese calificativo el interés por el que ella se concreta, como claramente se prevé en el artículo 1003 del CCC. Quien contrata persigue una determinada finalidad que le interesa en grado tal que está dispuesto a sacrificar sus posibilidades de destinar recursos personales y materiales a otros fines, para alcanzar los propuestos”; LORENZETTI, *op. cit.*, pp. 531 y ss. “La definición del artículo 1137 del código derogado evocaba al mismo tiempo la noción de acto jurídico bilateral. Bastaba para ello con pasar lectura a los artículos 944 y 946 de dicho código, para que se concluyera que el contrato es un acto jurídico, dado que el fin inmediato era establecer entre las personas relaciones jurídicas. Se afirmaba que una noción más precisa de contrato requiere sustituir la expresión ‘personas’ por ‘partes’, ya que la posibilidad de que una persona represente simultáneamente a dos partes, en los supuestos de doble representación y autocontrato (artículo 1919 del Código Civil), o la de que varias personas constituyan una sola parte ponen de manifiesto que lo que interesa a la noción de contrato es la existencia de partes contractuales contrapuestas o un centro de intereses. La reforma constituye un logrado intento de mejorar la definición contenida en el artículo 1137 del Código Civil

VI. Recepción del principio *pacta sunt servanda* en la legislación argentina

Se ha sostenido que la gran creación de la modernidad ha sido el hombre libre, autorregulador de su vida y sus intereses. El pensamiento francés del siglo XVIII, sobre todo en la obra de Rousseau *El contrato social*, fue construyendo la noción que lo desataba de las tradicionales ataduras con el monarca y le daba a sus decisiones el valor supremo. La corriente política, desde entonces hasta nuestros días, hizo de la voluntad humana el sustento de toda obligación. En la versión anglosajona, de esta línea de pensamiento prevaleció la idea individualista, que fundamenta todo avance en la creatividad y en la decisión del hombre como dueño de sí mismo. Pruebas de esta concepción develan los planteos de los contractualistas clásicos de John Locke, Thomas Hobbes o, más moderadamente, John Rawls o Ronald Dworkin. Emanuel Kant, en la escuela alemana, predicaba “cuando alguien decide algo con respecto a otro, es siempre posible que cometa cierta injusticia, pero toda injusticia es posible cuando decide para sí mismo”. Así, el consensualismo, acogido como fundamento de las relaciones en el contorno del derecho privado, acuñó en las obras de Domat y Pothier el axioma a tenor del cual *solus consensus obligat*. Esta consideración suprema de la voluntad humana es lo que la tradición jurídica contractual ha concebido como el principio de autonomía de la voluntad o como el poder de la voluntad de ser el órgano productor de derecho. El pensamiento capitalista clásico afirma que el hombre es dueño de su voluntad y nadie mejor que él para conocer sus necesidades y el modo de subvenir las. El papel del Estado es respetar y proteger esa voluntad.⁷⁷⁸

derogado, y enuncia las cinco funciones del acto jurídico: crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas”

⁷⁷⁸ KEES, *op. cit.*, pp. 242 y ss. “Todos estos autores parten de la premisa originaria

El siglo diecinueve fue testigo de la máxima exaltación de la voluntad individual como poder jurígeno. El nuevo orden instaurado por la Revolución francesa hizo concebir a sus teóricos la ilusión de una sociedad compuesta por hombres libres, fuertes y justos. El ideal era que esos hombres regularan espontáneamente sus relaciones recíprocas. Toda intervención del Estado que no fuere para salvaguardar los principios esenciales del orden público aparecería altamente dañosa, tanto del punto de vista individual como social. Los contratos valían porque eran queridos; lo que es libremente querido es justo, decía Fouille. Esta confianza en el libre juego de la libertad individual, en el contractualismo, trascendió del derecho privado al público. La sociedad fue concebida como resultado de un acuerdo entre los hombres.⁷⁷⁹

El Código de Napoleón de 1804 recogió el principio de autonomía contractual reconociéndolo plenamente en el artículo 1134, que dice: “Las convenciones legalmente formadas sirven de ley para las partes”. Y agrega en el artículo 1135: “Y obligarán no solo a lo que expresen, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley atribuyen a la obligación según su naturaleza”.⁷⁸⁰

consistente en la imprescindibilidad de un acuerdo fundacional previo al Estado, que difiere en su índole según los autores, pasando por un acto de voluntad colectiva a una organización superadora de los equívocos de aquella situación primitiva. El Estado mismo es, entonces, una creación de la voluntad del hombre”

⁷⁷⁹ BORDA, *Tratado de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 106 y ss; BORDA, *Manual de Contratos, op. cit.*, p. 14; KEES, *op. cit.*, pp. 243. “La Revolución Francesa le dio a la autonomía de la voluntad carta de ciudadanía y la codificación del derecho civil la consagró definitivamente, en el siglo XIX, bajo la influencia de factores de diversa índole”; LORENZETTI, *op. cit.*, pp. 536.

⁷⁸⁰ COLOMBO, *op. cit.*, p. 269; BORDA, *Tratado de Derecho Civil, op. cit.*, p. 106; BORDA, *Manual de Contratos, op. cit.*, p. 14; KEES, *op. cit.*, p. 244; LORENZETTI, *op. cit.*, pp. 537 y ss.

Vélez recogió la idea del artículo 1134 del Código de Napoleón en el artículo 1197 del Código Civil argentino, pero modificándola ligeramente y mejorándola: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. Este era el reconocimiento pleno del principio de la autonomía de la voluntad: el contrato era obligatorio porque era querido, la voluntad era la fuente de las obligaciones contractuales, reinaba soberanamente en todo este sector del derecho. La fuerza obligatoria del contrato quedaba equiparada a la de la ley. El principio voluntarista del *pacta sunt servanda* que se encontraba vertido en este artículo representaba uno de los parámetros liminares de nuestro sistema contractual. La regla que establecía que la palabra dada libremente por las partes debía ser respetada, sin embargo, no podía ser aplicada de forma mecánica ni indiscriminada, puesto que dentro del mismo ordenamiento existían otras normas rectoras que el juzgador tenía también el deber de no omitir. La sabiduría de Vélez Sarsfield consistió en elaborar una obra que permitió al intérprete de la época valorar el principio de la autonomía de la voluntad particular, en lo que tiene de saludable, sin caer en exageraciones lesivas de la justicia y del bien común. Cuando la libertad se desorbita, desentendiéndose del bien del hombre para el cual ella existe, el intérprete encontraba en el ordenamiento jurídico argentino, los resortes apropiados que le permitían rectificarla y encauzarla.⁷⁸¹

⁷⁸¹ BORDA, *Tratado de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 107 y ss. “Nuestro codificador tomó el artículo de Marcadé, la fórmula allí expresada significa que las convenciones no tienen el lugar de la ley, ni hacen la ley, ni son la ley. Tan solo forman una regla privada que obliga como la ley, es obvio que se afirma la raíz moral de la fuerza obligatoria del contrato y únicamente sobre el fundamento de una obligación moral como lo quiere Ripert, la obligación civil permanece incólume. Los contratos concluidos con entera libertad deben cumplirse por las partes. Corresponde hacer honor a la fe empeñada. He aquí es sustrato ético del artículo 1197 del Código Civil Argentino y

del artículo 1134 del Código Civil francés”; BORDA, *Manual de Contratos, op. cit.*, pp. 14; BUERES, *op. cit.*, pp. 556 y ss. “Derivados del principio de la autonomía de la voluntad al que consagrado como principio general del derecho, se le ha otorgado su fuente en la Constitución Nacional, artículo 19 (última parte), el artículo 1197 del Código Civil preveía de forma concreta el concepto de libertad contractual (autorregulación), al indicarse que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma. Otro de los pilares del contrato era su fuerza obligatoria, al establecerse que las partes al celebrar un contrato quedaban sometidas jurídicamente con los mismos alcances que si se tratara de una ley, lo cual implicaba que si conforme al artículo 1 la ley era obligatoria, también lo era el contrato, mereciendo sanción su incumplimiento”; HERRERA, CAMELO y PICASSO, *op. cit.*, pp. 336 y ss; RISOLÍA, *op. cit.*, pp. 60 y ss. “Se establecen dos premisas: 1) Que la locución que nos ocupa recogida en los textos aludidos, no puede conducir a una equiparación simple, fomentada por el exceso revolucionario, pero carente de toda verosimilitud. 2) Que ella involucra la ponderación jurídica de una regla moral, que la ley recoge tras un proceso lento pero seguro de la espiritualización del derecho privado. Esa regla, entrañablemente unida al régimen de las obligaciones y a la estabilidad y seguridad del comercio jurídico, es la que postula el respeto fiel y celoso de la fe empeñada. El sentido de la fórmula en el momento de la codificación se dijo que ella implicaba la garantía de la autoridad de los contratos, de la buena fe que debe reinar en la ejecución de las convenciones y en la fortuna de los particulares. Savigny proporcionaba argumentos con que establecer que no iba en ella una equiparación real apta para concluir en una explicación genética, en una posición lógica respecto del problema de la fuente. Advertía que colocar en una misma línea a las leyes y a los contratos, contemplar a los contratos como fuentes del derecho es confundirlo todo. El fin de la locución aludida nos es erigir a la convención privada en una ley propiamente dicha, dice Demolombe, sino expresar de una manera enérgica el lazo que resulta de ella para las partes. En efecto, éstas están ligadas por su consentimiento tan rigurosamente como lo estarían por la voluntad del legislador”; SALVAT, *op. cit.*, p. 25; TRIGO REPRESAS, F. y LÓPEZ MESA, M. (1999). *Código Civil y leyes complementarias*

La importancia que posee como principio general del derecho la autonomía de la voluntad, el artículo 958 del actual CCC, dispone: “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”. El mismo se ha focalizado en dar mayor claridad a la regla de la autorregulación (libertad contractual), al mencionarse el derecho de las partes de acordar el contenido del contrato, y se ha introducido de forma concreta el otro aspecto del principio general indicado, que es la autodecisión (libertad de contratar), lo que implica que la parte puede o no querer celebrar un contrato. Lo destacable es que se reconoce que dichos principios no resultan absolutos, como Vélez remarcaba en la nota del artículo

anotados. Buenos Aires: Depalma, pp. 655 y ss; CIFUENTES, S. (2008). *Código Civil, comentado y anotado. Tomo III*. Buenos Aires: La Ley, p. 89; LLAMBÍAS, J. (1995). *Tratado de Derecho Civil. Parte general. Tomo II*. Buenos Aires: Perrot, pp. 314 y ss. “Esa fórmula que pone en un pie de igualdad al contrato y a la ley, muestra la estima que el pensamiento jurídico del siglo pasado tuvo por la voluntad de los particulares, a cuya libertad se dio la mayor expansión. Diversamente, en la primera mitad del siglo XX, el movimiento de las ideas siguió una dirección opuesta, subestimándose extremadamente la función de la voluntad particular frente a la autoridad avasallante del Estado. La organización jurídica apropiada debe equilibrar esos factores en juego y superar el falso antagonismo de libertad y autoridad para lograr un ordenamiento social en el cual el contrato llena una función que al propio tiempo que satisface el interés individual de los contratantes coadyuva al bien común de la sociedad y a la autoridad estatal, sin dejar de respaldar el régimen contractual en lo que tiene de conforme con la naturaleza libre y social del hombre, resguarda los fueros de la justicia”; LLAMBÍAS, J. y ALTERINI, A. (1982). *Código Civil Anotado. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo III- A*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 145; MOSSET ITURRASPE, J. y PIEDECASAS, M. (2008). *Código Civil Comentado. Doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Contratos. Parte General. Artículos 1137 a 1216*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, pp. 386 y ss.

943 del Código Civil, al enseñar que dado el consentimiento en forma libre el contrato resultaba irrevocable, lo que luego no podía sostenerse por la propia normativa de la ley, la revisión judicial y los nuevos casos incorporados con la Ley 17.711 que restringían esa regla. Ahora, con la consagración de ambos pilares del contrato, se indica de forma precisa que éstos deberán ejercerse dentro de los parámetros y restricciones allí descriptas. El artículo 959 del Código Civil y Comercial establece que “todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de parte en los supuestos en que la ley lo prevé”. Se ratifica la función e importancia del efecto vinculante para los contratos como anteriormente ocurría en el Código Civil de Vélez. Lo interesante de la norma es que se aleja de la referencia a la asimilación del contrato con la ley, para así permitir que ésta pueda servir de restricción y diferenciar su jerarquía, limitándose a establecer la obligatoriedad del mismo, lo que necesariamente se explica como la imposición de un deber jurídico para la parte. Lo destacable de la redacción es que se establece la pauta de que la obligatoriedad del contrato proviene de su validez, lo que viene a ratificar la relatividad de la voluntad declarada cuando las partes se apartan de las pautas legales. La obligatoriedad para las partes de lo acordado en un contrato es un axioma legal básico de un sistema jurídico de derecho privado en una economía de mercado, lo que se reitera en el derecho comparado. Los cambios de reglas afectan la previsibilidad y deben darse cuando existen razones sólidas para ello, pues de lo contrario la natural aversión al riesgo de las personas genera una retracción en su disponibilidad para negociar e invertir. Además, el artículo 960 del Código Civil y Comercial complementa y refuerza el artículo antes mencionado estableciendo que “los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público”. Son las partes las que pueden celebrar, modificar o extinguir

un vínculo contractual, en ejercicio de la libertad contractual de la que gozan y que los jueces deben en principio respetar. Sin embargo, y por ser una circunstancia de la realidad económica moderna, el rol del juez resulta muchas veces importante para paliar situaciones de abusos o de desigualdades entre las partes y su fuerza negocial de los términos contractuales. Por ello se indica, ratificando el sistema anterior, que el juez podrá inmiscuirse en los términos contractuales solo cuando una de las partes se lo solicite y esto esté permitido por la ley (pues cambiará la extensión de esa facultad de acuerdo si se trata de un contrato discrecional, uno predisuesto, uno de condiciones generales o uno por adhesión), o cuando se encuentre afectado el orden público que, sobre la base del principio de *iura novit curia*, le impone el deber al juez de intervenir de oficio. El artículo 961 del Código Civil y Comercial regula que “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”. No solo se reproduce lo relativo a la aplicación de la buena fe que se halla prevista en el Código Civil derogado (conf. Ley 17.711), sino que se introduce el principio de razonabilidad como una obligada derivación del exordio. Y ello en razón de que se retorna al texto originario del artículo 1198 del Código Civil de Vélez, en cuanto establecía que “los contratos obligan no solo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubieren sido virtualmente comprendidas en ellos”. Y se añade a continuación: “con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”. La norma constituye una aplicación específica del principio general sistémico de buena fe, enunciado en el artículo 9 del Código Civil y Comercial, que actúa como directriz para establecer los alcances del principio de obligatoriedad, estableciendo cuáles son los alcances de las obligaciones asumidas por los contratantes, más

allá del enunciado expreso de las estipulaciones del contrato que las vincula. La buena fe tiene gravitación en todos los momentos de la contratación, se exige en la etapa de negociaciones previas a la concreción de un contrato (artículo 991 del Código Civil y Comercial), como en la fase de su celebración, en su etapa funcional o de ejecución y hasta en la poscontractual, cuando las partes se restituyen bienes empleados en la ejecución del contrato concluído. No debe olvidarse que la buena fe también alcanza y compromete a la parte a no reclamar aquello que no le corresponde. El principio de buena fe es, asimismo, el criterio rector que guía la interpretación de las disposiciones contractuales (artículo 1061 del Código Civil y Comercial). La considerada es la buena fe-confianza o buena fe-lealtad, que debe ser evaluada según un estándar objetivo medio, el de “un contratante cuidadoso y previsor”.⁷⁸²

⁷⁸² BUERES, *op. cit.*, pp. 556 y ss; LORENZETTI, *op. cit.*, pp. 538 y ss. “La consagración legislativa del principio de autonomía de la voluntad significa el reconocimiento de la libre opción del individuo entre contratar y no contratar, libertad para la elección del otro contratante y la posibilidad de dotar de contenido al contrato. Significa, además, la libertad de elección del tipo contractual y la libertad de construir otros distintos. Todo lo expresado, dentro de los límites legales (artículos 90, 10, 12, 958 y 960). Si bien el Código reconoce la fuerza del principio condicionado a la validez del contrato, enuncia restricciones al contenido, entre ellas, la posibilidad de modificarlo o extinguirlo, siempre y cuando lo sea por acuerdo de partes o ‘en los supuestos en que la ley lo prevé’, así como la facultad de los jueces de modificar ‘las estipulaciones’ cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público”; HERRERA, CAMELO y PICASSO, *op. cit.*, pp. 336 y ss. “La libertad en sentido amplio es un derecho fundamental. La libertad de contratar es presupuesto de la autonomía, de la potestad de autorregulación de contenido y deriva de lo previsto en la última parte del artículo 19 de la Constitución Nacional, según el cual ningún habitante de la Nación puede ser privado de lo que la ley no prohíbe, ni obligado a hacer lo que ella no manda. Como toda libertad, su ejercicio

VII. La cláusula *rebus sic stantibus* como límite a la autonomía de la voluntad

Si bien de la legislación se desprende la libertad de contratar o no y, por otro lado, la libertad de fijar el contenido del contrato o libertad contractual, existen limitaciones. El *pacta sunt servanda* no puede ser mantenido a todo trance cuando por el apego mecánico a sus términos y consecuencias se lesionan valores superiores como la justicia y la equidad, y a cuya debida guarda debe tener un adecuado ejercicio la función jurisdiccional. La autoridad de los contratos no es ilimitada, existen circunstancias graves en las cuales la letra de las convenciones debe ceder ante la evidencia de la injusticia que encierran en sí. Tal es el caso de los períodos de crisis económicas en que renace la cláusula *rebus sic stantibus* como excepción y límite al principio *pacta sunt servanda*.⁷⁸³

no es absoluto y encuentra su límite en la afectación perjudicial de los derechos de terceros ajenos al contrato (artículo 1022 del Código Civil y Comercial) y en los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”

⁷⁸³ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *op. cit.*, pp. 655 y ss; LLAMBÍAS y ALTERINI, *op. cit.*, pp. 145; MOSSET ITURRASPE y PIEDECASAS, *op. cit.*, pp. 386 y ss; BERNARD, *op. cit.*, p. 251. “La cláusula *rebus sic stantibus*, como excepción y modulación al principio *pacta sunt servanda*, no fue prescrita ni formulada por la jurisprudencia romana, lo cierto es que su formación y aplicación por parte de los glosadores, se proyectó posteriormente en la Edad Media a las compilaciones canónicas y a otras leyes” HERRERA, CAMELO y PICASSO, *op. cit.*, pp. 338 y ss. “La obligatoriedad para las partes de lo acordado en un contrato es un axioma legal básico de un sistema jurídico de derecho privado en una economía de mercado, lo que se reitera en el derecho comparado. Los cambios de reglas afectan la previsibilidad y deben darse cuando existen razones sólidas para ello, pues de lo contrario, la natural aversión al riesgo de las personas genera una retracción en su disponibilidad para negociar e invertir”

El criterio que impulsa las limitaciones a la autonomía tiene antecedentes en el pensamiento de Portalis, que afirmó que “la libertad de contratar no puede estar limitada más que por la justicia, por las buenas costumbres, por la utilidad pública”, pero más precisamente para D’Alembert, que consideró que en “el comercio no todos pueden tener la misma parte en las ventajas, aunque todos tengan el mismo derecho a ellas”, fustigando ese derecho de desigualdad llamado ley del más fuerte. Montesquieu, por su parte, señaló que “la libertad de comercio no es una facultad concedida a los negociantes para que hagan lo que quieran”, y que “en los países libres es donde el negociante encuentra contrariedades sin número”, lo cual “molesta al comerciante, pero favorece al comercio”.⁷⁸⁴

En el actual Código Civil y Comercial se prevén institutos que, como el de la lesión, para problemas originarios (artículo 332), o el de la imprevisión para conflictos sobrevinientes, que posibilitan la generación de cambios a los términos de un contrato (artículos 1090 y 1091). No se trata de modificaciones que se vayan a producir por el mero imperio de la ley, pues en su resultado sigue teniendo incidencia la voluntad de las partes. Por otra parte, más allá de la regulación protectoria desarrollada en materia de contratos de consumo, que tiene su propio subsistema normativo, también se sancionan día a día normas destinadas a proteger a los vulnerables jurídicos, mencionados en el artículo 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, u otras que prohíben determinadas actividades o la comercialización de determinados productos por razones de interés público. Es necesario destacar que en nuestro país se ha desarrollado a lo largo del tiempo otra regulación heterónoma, vinculada con la emergencia económica, con efectos habituales incluso a las obligaciones en curso. Ella ha dado lugar a la denominada “doctrina de la emergencia económica”,

⁷⁸⁴ ALTERINI, A. y LÓPEZ CABANA, R. (1990). “La autonomía de la voluntad en el contrato moderno”. En *La Ley*, 1990-D, p. 1296.

generada a partir del dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la sentencia en el conocido caso “Ercolano” (1922) en el que la mayoría del tribunal sostuvo que:

Hay restricciones a la propiedad y a las actividades individuales cuya legitimidad no puede discutirse en principio, sino en su extensión. Tales son las que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectiva; y hay asimismo otras limitaciones, como son las que tienden a proteger los intereses económicos, que no pueden aceptarse sin un cuidadoso examen, porque podrían contrariar los principios de libertad económica y de individualismo profesados por la Constitución. A esta categoría corresponden las reglamentaciones de precios y de tarifas, inspiradas en el propósito de librar al público de opresiones o tiranías de orden económico.

Es que la emergencia afecta la base del negocio y, como consecuencia de ello, impacta en la correspectividad de las prestaciones, generando una excesiva onerosidad sobreviniente que es corregida por el juez o por la ley. A partir de allí han sido numerosos los pronunciamientos en los que el máximo tribunal convalidó normas que, dictadas en razón de situaciones de emergencia, generaban alteraciones en las previsiones establecidas por las partes en contratos de diversa naturaleza, pautándose como recaudos generales para su admisibilidad constitucional que: a) exista una situación de emergencia definida por el Congreso; b) se persiga un fin público; c) las medidas adoptadas sean de carácter transitorio; y d) se respete el principio de razonabilidad, que el medio empleado sea proporcional y adecuado para el fin público perseguido.⁷⁸⁵

785 BUERES, *op. cit.*, pp. 296 y ss; pp. 623 y ss; HERRERA, CAMELO y PICASSO, *op. cit.*, pp. 338 y ss. “CSJN, “Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta”, 1922, Fallos: 136:170. Se trató de un caso en el que se discutía la constitucionalidad de normas por las que se congelaban los precios de los alquileres de viviendas y se

VIII. ¿Crisis de la autonomía de la voluntad del contrato?

Parecería paradójico hablar de crisis en un tiempo en que la multiplicación de los contratos es asombrosa, ya que nunca se los ha concluído en mayor número y por intereses patrimoniales tan elevados. Y no es solo el aumento cuantitativo lo que merece destacarse, sino

suspendían los desalojos y la Corte se pronunció por su constitucionalidad.”Además el fallo *Avico- CSJN, “Avico c/ De la Pesa,”* 1934, Fallos: 172:29”; SABSAY, D. y ONAINDÍA, J. (1995). *La Constitución de los Argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la Reforma de 1994*. Buenos Aires: Errepar, pp. 213 y ss.; pp. 225 y ss. “Artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional: Corresponde al Congreso: (...) Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”; LORENZETTI, *op. cit.*, pp. 544 y ss. “En el Código los límites a la fuerza obligatoria del contrato son los que provienen de la ley, del orden público, la moral, las buenas costumbres (artículo 958) y del carácter imperativo de las normas (artículo 962). Esto significa que el rol de la autonomía de la voluntad no debe ser entendido como una supremacía absoluta de los derechos subjetivos contractuales, sino como un principio relativo y subordinado a los límites que le son inherentes. La convalidación del principio de la fuerza obligatoria del contrato debe tener en cuenta los límites que le son inherentes como, por ejemplo, que, a pedido de una de las partes (artículo 959), el juez modifique el contrato cuando lo habilita la ley o de oficio cuando lo estipulado afecte de modo manifiesto el orden público (artículo 960). Otras aplicaciones en que declina la fuerza obligatoria del contrato por acuerdo de partes se encuentran en el caso de rescisión de los contratos de larga duración en que la parte que la decide debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociarlo (artículo 1011, tercer párrafo). Lo propio acontece en los supuestos de Frustración de la finalidad (artículo 1090) e Imprevisión (artículo 1091)”

que la gama de las categorías contractuales se enriquece con nuevas figuras, su formación se auxilia de nuevos recursos técnicos y la institución en sí alumbró nuevas obligaciones antes ignoradas.⁷⁸⁶

Desde hace tiempo y recurrentemente se alude a la crisis del contrato, se anuncia su deceso y se examina lo que se ha dado en denominar “la declinación de la voluntad contractual”. El fundamento de ello se basa en: a) las restricciones de lo acordado por las partes y que resultan de las normas imperativas, lo que se enuncia como la “publicización” del contrato, y b) en su estandarización a través de fórmulas predisuestas. Como se advierte, la crisis está referida a los términos en que fue concebida la autonomía de la voluntad. Y eso es positivo desde una perspectiva social. De allí que quepa afirmarse que el contrato no ha muerto ni se halla en situación de crisis. Por el contrario, se recrea y se halla en pleno apogeo. Los viejos moldes con arreglo a los cuales se modelaban los contratos tienden a desaparecer o sufren tantas y tan profundas modificaciones, que resultan inútiles para estampar en ellos las modernas convenciones. El contrato ha cambiado de fisonomía al perder sus rasgos esenciales. Ni es por esencia un acuerdo de voluntades, ni tiene fuerza de ley entre las partes.⁷⁸⁷

⁷⁸⁶ RISOLÍA, *op. cit.*, pp. 116 y ss.

⁷⁸⁷ LORENZETTI, *op. cit.* pp. 543 y ss; PIERRE, J. (1991). “De la autonomía de la voluntad y de los contratos.” En *La Ley*, 1991-D, pp. 1173. “La crisis del contrato existe y la institución se halla sometida a un ser o no ser. Desde fines del siglo pasado y los primeros años del presente, ha aparecido otra concepción del contrato, caracterizada principalmente por el debilitamiento del principio de la autonomía de la voluntad, por la intervención de fórmulas legislativas y por la autoridad judicial que intervino anulando contratos y cláusulas impuestas por una de las partes a la otra”; SALVAT, *op. cit.*, pp. 21 y ss. “Desde el punto de vista del acuerdo de voluntades el contrato va perdiendo su fisonomía. Impuestas sus cláusulas unas veces por la exclusiva decisión de unas de las partes y otras veces por expresa

El principio *pacta sunt servanda* es la base del derecho en los pueblos libres. El hombre es libre de contratar pero una vez hecha la convención la misma debe ser respetada. Los jueces deben hacer cumplir las estipulaciones contractuales, pudiendo interpretarlas e incluso prescindir de lo convenido cuando ello importa la transgresión de una ley imperativa. El principio debe ser el cumplimiento, toda interpretación que permita evitar el cumplimiento debe ser hecha con criterio restrictivo. Es ventajoso para la sociedad que los contratos sean cumplidos, pues de lo contrario nadie contrataría. El hombre es un ser social que necesita de los demás, necesita intercambiar prestaciones y es mucho más fácil cuando se sabe que las promesas van a ser cumplidas.⁷⁸⁸

disposición legislativa, la libertad contractual solo existe en principio, pues si bien ella se manifiesta en el hecho de poder entrar cuando se quiere en el contrato, resulta impotente para condicionar su permanencia en él o fijar el término de duración al vínculo obligacional. Como lo destaca Gastón Morín, y lo reconocen otros autores, que en el contrato, la libertad existe para entrar en él, no para salir”; D’Ors, A. (1979). “Ante la crisis del contrato”. En *Revista EDT*, 1979-D, pp. 717. “La crítica se dirige contra el presupuesto de que el contrato se perfecciona por la voluntad libre de las dos partes que en él intervienen. La realidad es distinta: en primer lugar, porque los tipos contractuales están fijados por la ley y no dependen de los contratantes más que en sus elementos accidentales; en segundo lugar, porque cada día son más frecuentes los contratos en que la decisión de una de las partes se reduce a adherirse a un esquema impuesto por la otra”.

⁷⁸⁸ ETCHEVARNE BULLRICH, C. (1983). “La fuerza del contrato”. En *La Ley*, 1983-C, p. 989. “Las restricciones a la libertad contractual fortifican a los contratos encuadrados en la ley”; CROVI, L. (2001). “La autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de los contratos y la equidad”. En *Revista Jurisprudencia Argentina*, 2001-II, pp. 856. “Se ha hablado mucho sobre la crisis de la autonomía de la voluntad y de la crisis del contrato en general, pero el axioma del *pacta sunt servanda* sigue siendo el pilar básico de todo el ordenamiento contractual y tiene

La llamada crisis del contrato es más bien una evolución reclamada por las circunstancias, particularmente económicas, en que actualmente se desenvuelven las relaciones jurídicas y por una mayor sensibilidad del espíritu moderno, que se revela contra toda forma de injusticia. El intervencionismo del Estado en el contrato de trabajo ha restablecido la igualdad entre las partes, las nuevas formas contractuales permiten un ajuste más realista de las relaciones jurídicas a las circunstancias económicas y el contralor judicial por vía de la lesión o la teoría de la imprevisión permite una mejor realización de la justicia conmutativa. No se ha producido ni inseguridad, ni pérdida de confianza en el contrato como instrumento de regulación espontánea de las relaciones interpersonales. En ningún momento de la historia humana ha sido más activa e importante la contratación privada.⁷⁸⁹

vigencia en diversos códigos extranjeros, como el ya conocido artículo 1134 del Código de Napoleón y el artículo 1372 del Código Civil italiano. Pero actualmente, además de la libertad de contratar existen otros valores que deben ser protegidos. Por eso, en los contratos modernos la palabra empeñada sólo puede ser amparada en los contratos 'entre iguales', pero cuando las partes no se encuentren en un pie de igualdad, la justicia impone restablecer el equilibrio de la relación de cambio, antes que atarse al dogma de la autonomía de la voluntad"; ALTERINI y LÓPEZ CABANA, *op. cit.*, pp. 1296. "Es deseable que el legislador deje a los contratantes el máximo de libertad, pero esto no puede ser bajo una reserva: la libertad contractual no debe atentar contra otras libertades más esenciales y asumiendo la decadencia de la autonomía de la voluntad, se expresa que la libertad contractual no es más que un factor entre otros y que no puede servir de explicación única, ni sin duda siquiera principal, a las disposiciones del Código Civil relativas al contrato".

⁷⁸⁹ BORDA, *Tratado de Derecho Civil...*, *op. cit.*, pp. 114 y ss; BORDA, *Manual de Contratos...*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

IX. Conclusiones

Si bien en Roma, en la etapa del derecho arcaico, la voluntad de las partes no imperaba en los negocios jurídicos, dado que solo era relevante la forma para que surtieran efectos, esto fue evolucionando ya que el principio *pacta sunt servanda* fue plasmado en diversos pasajes del Digesto, como en D. 2. 14. 1. pr y D. 50. 16. 219, donde se establece que las partes deben cumplir con lo pactado y se deben atener a la voluntad de lo que ellos expresaron.

Este precepto fue recepcionado y legislado por los Códigos modernos. Actualmente en nuestro Código Civil y Comercial lo encontramos legislado en los artículos 958 y 959, los cuales expresan que las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, pero si bien los contratantes pueden regir sus relaciones de derecho por medio de sus voluntades, siempre lo tienen que hacer dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Además, el contrato es obligatorio para las partes. Por lo tanto, podemos constatar, una vez más, que el derecho romano simboliza uno de los ejes fundamentales de nuestro derecho.

La sociedad va evolucionando y mutando, al igual que los valores, esto no puede ser desconocido por el ordenamiento jurídico, que debe ir adaptándose a la nueva realidad socioeconómica. Es por ello que no hay crisis del contrato, sino que hay una crisis del principio de la autonomía de la voluntad, dado que en la actualidad no se cree que todo lo que libremente se contrata sea realmente justo.

X. Bibliografía

ADAME GODDARD, J. (2006). “Los pactos en las Sentencias de Paulo (Análisis del Título I del Libro Primero)”. En GONZÁLEZ

MARÍN, N. (coord.). *Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau. Tomo I. Derecho Romano. Historia del Derecho*. Serie de Doctrina Jurídica N° 282. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

ADAME GODDARD, J. (2010). “Comentario histórico jurídico al Libro I de las Sentencias de Paulo”. En *Serie de Doctrina Jurídica*, N° 509. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

ALBURQUERQUE, J. M. (1995). *La protección jurídica de la palabra dada en el Derecho Romano*. Córdoba-España: Publicaciones de la Universidad de Córdoba.

ALTERINI, A. AMEAL, O. y LÓPEZ CABANA, R. (1996). *Derecho de las Obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

ALTERINI, A. y LÓPEZ CABANA R. (1990). “La autonomía de la voluntad en el contrato moderno”. En *La Ley, 1990-D*.

ARANGIO RUÍZ, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición por J. M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma.

AULO GELIO (2009). *Noches Áticas*. Traducción al español de M. Carmen Barrigón Fuentes y Jesús M. Nieto Ibáñez. Madrid: Akal.

BERGER, A. (1953). *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. V. 43, part. 2. Philadelphia: Transaction of the American Philosophical Society New series.

BERNARD, R. (2021). “Covid-19 y Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio *pacta sunt servanda*”. En *RIDROM*.

Revista Internacional de Derecho Romano, 26. Disponible en: <http://www.ridrom.uclm.es>.

BONFANTE, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus.

BORDA, G. (1983). *Manual de Contratos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

BORDA G. (1998). *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

BUERES, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*. Tomo 1. Buenos Aires: Hammurabi.

BURILLO LOSHUERTOS, J. (1964). “Los pactos en el Derecho Romano”. En *Anales de la Universidad de Murcia*, Vol. XXII, números 3-4.

CASTRESANA HERRERO, A. (2017). *Derecho romano. El arte de lo justo y de lo bueno*. Madrid: Tecnos.

CIFUENTES, S. (2008). *Código Civil, comentado y anotado*. Tomo III. Buenos Aires: La Ley.

COLOMBO, L. (2009). “El contrato dirigido y el retorno a la autonomía de la voluntad”. En *Revista La Ley: Obligaciones y contratos, doctrinas esenciales*, Tomo IV. Buenos Aires: La Ley.

CROVI, L. (2001). “La autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de los contratos y la equidad”. En *Revista J. A.*, 2001-II.

DE LOS MOZOS TOUYÁ, J. J. (2014). “Aproximación a la

causa del contrato en la doctrina del *ius commune*”. En *Seminarios Complutenses de Derecho Romano: Revista Complutense de Derecho Romano y Tradición Romanística*, Nº 27.

DE VAAN, M. (2008). *Etymological Dictionary of Latin and other Italic Languages*. Leiden: Brill.

DILLON, G. (2003). “La autonomía de la voluntad y las condiciones generales del contrato de venta en el Derecho Romano y en el Código Civil Argentino”. En *Anais do V Congresso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano*. Fortaleza: Unifor.

DI PIETRO, A. (1967). *Institutas. Texto Traducido y con Notas del autor*. 1ª edición. La Plata: Librería Jurídica.

DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma.

DI PIETRO, A. (2001). “La teoría del *creditum* en Álvaro D’Ors”. En *Libro Homenaje a Álvaro D’Ors*, Lima: Altuve-Febres y Dupuy.

DI PIETRO, A. (2004). *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma.

D’ORS, A. (1979). “Ante la crisis del contrato”. En *Revista El Derecho*, Tomo 1979-D.

D’ORS, A. (1984). “Cuatro logros del genio jurídico romano”. En *Revista La Ley*, Tomo 1984-B.

D’ORS, A. (1981). *Derecho Privado Romano*. Pamplona: Editorial de la Universidad de Navarra.

ERNOUT, A. y MEILLET, A. (1951). *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. 3ª edición. París: Klincksieck.

ESTÉVEZ BRASA, T. (1986). “Los pacta en el Derecho Romano y su recepción el Código Civil Argentino”. En *Revista La Ley*, Tomo 1986–E.

ETCHEVARNE BULLRICH, C. (1983). “La fuerza del contrato”. En *Revista La Ley*, Tomo 1983-C.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. (2004). *Sistema contractual romano*. Madrid: Dykinson.

FUENTESECA, P. (1978). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Gráficas.

GARCÍA DEL CORRAL, I. (1987). *Cuerpo de Derecho Civil Romano*. Tomo I. Barcelona: Lex Nova.

GAROFALO, L. (2019). “Voz: Contrato e causa”. En CASTRE-SANA, A. (coord.). *800 años de Historia a través del Derecho romano*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca.

GARRIDO, R. y ZAGO, J. (1993). *Contratos Civiles y Comerciales. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

GIOFFREDI, C. (1973). “Rem ubi pacunt, orato XII tab. I, 6-9 (per la critica del testo decenvirale)”. En *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, N°15.

HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo III. Libro Tercero. Artículos. 724 a 1250*. Buenos Aires: Infojus.

KEES, A. (2005). “La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del Derecho Civil”. En KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (ed.). *Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, Santa Fe: Editorial de la Universidad Nacional del Litoral.

LENEL, O. (1901). *Essai de reconstitution de l' Edit Perpetuel*. Traducido por Frédéric Peltier. Tomo I. París: Larose & Forcel.

LORENZETTI, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo V (artículos 724 a 1020)*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

LLAMBÍAS, J. y ALTERINI, A. (1982). *Código Civil Anotado. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo III-A. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

LLAMBÍAS, J. (1995). *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

MALTBY, R. (1991). *A Lexicon of Ancien Latin etymologies*. Leeds: Cairns.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1885). *Códigos Antiguos de España*. Tomo I, Madrid: Administración Arco de Santa María.

MOSSET ITURRASPE, J. y PIEDECASAS, M. (2008). *Código Civil Comentado. Doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Contratos. Parte General. Artículos 1137 a 1216*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

MOSSET ITURRASPE, J. (1998). *Contratos*, Buenos Aires: Ediar.

PELLECCHI, L. (2009). “La posizione dell' exceptio pacti

nell'Editto del Pretore”. En *Revue historique de droit français et étranger*, N° 87.

PEROZZI, S. (1928). *Istituzioni di diritto romano*. Vol. 2. Roma: Athenaeum.

PIERRE, J. (1991). “De la autonomía de la voluntad y de los contratos”. En *Revista La Ley*, Tomo 1991-D.

RASCÓN GARCÍA, C. y GARCÍA GONZÁLEZ J. M. (1993). *Ley de las XII Tablas. Estudio preliminar, traducción y observaciones*. Madrid: Tecnos.

RISOLÍA, M. (1958). *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

SABSAY, D. y ONAINDIA, J. (1995). *La Constitución de los Argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la Reforma de 1994*. Buenos Aires: Errepar.

SALVAT, R. (1957). *Tratado de Derecho Civil Argentino: Fuentes de las Obligaciones*. Tomo I. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

SCHIPANI, S. (2007). *Código Civil de la República Argentina*. Con la traducción de Idelfonso García del Corral de las Fuentes Romanas citadas por Dalmacio Vélez Sársfield en las notas. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

STURM, F. (1990). “Il pactum e le sue molteplici applicazzioni. Convegno Contractus e Pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza Tardo-Repubblicana”. En *Atti del convegno di diritto romano a cura di F. Milazzo*. Nápoles: Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza di Catanzaro.

TALAMANCA, M. (1960). “La storia dell 'edictum de pactis”. En *Labeo*, N° 6.

TORRENT- RUÍZ, A. (2005). *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Edisofer.

TRIGO REPRESAS, F. y LÓPEZ MESA, M. (1999). *Código Civil y leyes complementarias anotados*. Buenos Aires: Depalma.

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

Por Ana Vázquez Lemos⁷⁹⁰

Resumen

En Roma había dos formas de sucesión, la sucesión intestada, en la que el heredero ya estaba prefijado por la ley, y la sucesión testada, en la que el testador instituía libremente en testamento a la persona que le iba a suceder, que podía ser un hijo o un extraño.

La irrupción de la cuarta falcidia en el ámbito del derecho sucesorio romano no implicó la aparición de la figura de los herederos forzosos tal y como se entienden en la actualidad, es decir, como personas que necesariamente debían recibir una parte de la herencia.

De acuerdo con la opinión de los juristas clásicos como Gayo o Ulpiano, lo que se recogió en la legislación romana fue la reserva obligatoria de una porción de la herencia, de la cuarta parte del caudal.

Las implicaciones de esta forma de articular la herencia se pueden rastrear en sendos pasajes del Digesto que recogen las opiniones de otros juristas clásicos como, además de Gayo o Ulpiano, Paulo o Papiniano, que también nos dieron cuenta de la necesidad de reducir

⁷⁹⁰ Doctora en Derecho Romano por la Universidad de Vigo y abogada en Balms Abogados SLP.

donaciones *mortis causa*, legados o fideicomisos para dejar totalmente libre esta porción de la herencia.

En la época postclásica también se confirmó esta forma de concebir la cuarta falcidia, de modo que para Justiniano esta institución trataba de preservar la aceptación de la herencia por medio de la reserva de la cuarta parte del haber partible. Así se dice explícitamente por el emperador, puesto que en sus Instituciones se afirma que la finalidad de la Ley Falcidia es asegurar el cumplimiento de la última voluntad del difunto por medio de la aceptación de la herencia por parte del heredero libremente instituido en el testamento.

No obstante, no puede hablarse de herederos forzosos en Roma. Existían los herederos *ex lege*, que eran los que predeterminaba la ley a falta de testamento. La ley falcidia supuso la inclusión de una reserva de una cuarta parte de la herencia a favor del heredero instituido en el testamento para garantizar la eficacia del negocio testamentario y la aceptación de la herencia.

Palabras clave: falcidia; reserva; sucesión

I. La libertad de instituir heredero en Roma

La Ley Falcidia es la ley que estableció, en derecho romano, la reserva obligatoria de una porción, la cuarta parte de la herencia, a favor del heredero instituido en el testamento. Como vamos a ver, la promulgación de esta ley no supuso la introducción en Roma de los herederos forzosos, entendidos como personas que, necesariamente, eran herederas en una parte de la herencia.⁷⁹¹

⁷⁹¹ Las circunstancias histórico-jurídicas de la Ley Falcidia las describe ORTUÑO PÉREZ. M. A. (2015). *Contribuciones al Derecho Romano de Sucesiones y*

Para aclarar el contenido y significado de la Ley Falcidia (año 40 a. C.) hay que atenerse, rigurosamente, a la información que de ella nos proporcionan las fuentes romanas.

Tomamos como punto de partida de este estudio la afirmación rotunda de Pomponio. En Roma regía desde las XII Tablas⁷⁹² la

Donaciones. Madrid: Dykinson, p. 72. En las postrimerías del régimen político republicano, una vez que dio comienzo el segundo triunvirato, se promulgó la *Lex Falcidia*. En plena guerra civil, la situación financiera era ruinoso. El ejército era imprescindible y los gastos de mantenimiento muy elevados y difíciles de soportar. Los gastos del Estado superaban los ingresos por lo que se vivía una situación inflacionista grave y la población no podía soportar más cargas. La República agonizaba y la situación era límite. En opinión de esta autora, esto explicaría por qué se promulgó la *Lex Falcidia*. La finalidad, según Ortuño Pérez, no era otra que la recaudación a través de la imposición indirecta, establecer una tasa sobre la sucesión hereditaria, la *vicesima hereditatum*. Dice la autora que esto ya había sido idea de César, recogida en el Acta Cesariana, que había quedado inacabada tras su muerte. César ya habría puesto en su punto de mira este tipo de sucesión, contemplando esta posibilidad incluso para el testamento militar. Junto a esto, también habría pensado ya en el impuesto sucesorio. Parece que la iniciativa de César pudo tener su origen en Egipto, que en esta época era un reino amigo de Roma y que, por lo tanto, tenía su propia legislación, en la que se recogía un impuesto sucesorio. La relación entre Roma y Egipto era intensa, y por lo tanto, tanto César como Marco Antonio y Octavio debieron tener conocimiento de su ordenamiento jurídico. Así, los triunviros tuvieron en cuenta la intención de su predecesor e intentaron establecer un gravamen sobre la sucesión testada. En definitiva, para esta autora la protección del heredero y la necesidad de que el testamento fuera eficaz, acompañada de la intención de los triunviros de gravar con una tasa el incremento patrimonial del sucesor como consecuencia del fallecimiento del causante estaba incluido en el marco de la política financiera para corregir la inflación a través de la imposición indirecta.

⁷⁹² Dice FUENTESECA, P. (2009). "Historia del Derecho romano". En *Estudios de*

amplísima libertad de instituir heredero (en D. 50. 16. 120, Pomp. 3 ad Q. Muc.): “*latissima potestas tributa videtur, et heredes instituendi, et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi*”⁷⁹³ (“y de dar legados y de dar la la libertad y de constituir la tutela”).⁷⁹⁴ La proclamación de la plena libertad de instituir heredero se encuentra también en las constituciones imperiales (C. 6. 22. 1: *frater... testamento suo potuit sibi heredem instituere quem vellet*, año 243, y C. 6. 22. 6: *et quemcunque voluerit, secundum leges in testamento suo heredem scribendi*, año 355).

Respecto a la institución de heredero (*heredis institutio*) ha dicho

Derecho Romano, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 127-129, que se atribuye comúnmente a las Tablas IV y V la materia referente a la familia y a la *hereditas*. El precepto fundamental de las XII Tablas, para este autor, sería: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*, o lo que es lo mismo, como hubiese legado sobre la pecunia o la tutela de sus cosas, así sea derecho. Se puede interpretar que hay una alusión al *testamentum* en la expresión *legare* (testamento de legados).

⁷⁹³ La existencia de la libertad de testar en Roma ya se ha sido constatado antes en la doctrina, por ejemplo, SUÁREZ BLÁZQUEZ, G. (1999). *Derecho procesal civil de legítimas*. Orense: Universidad de Vigo, p. 20. Asimismo, en este sentido, más recientemente ha afirmado BARRIO GALLARDO, A., (2012). *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, p. 90, que en el derecho romano clásico, hasta el año 40 a. C. (fecha de la *Lex Falcidia*) se aplicó real y formalmente el principio de libertad testamentaria. Pero en este estudio defendemos que más propiamente lo que existió en Roma fue la plena libertad de instituir heredero, aunque el testamento tenía que realizarse conforme a lo establecido en la ley, concretamente la ley *Falcidia*, que imponía la reserva de una cuarta parte de la herencia a favor de la persona o personas instituidas como heredero en el testamento.

⁷⁹⁴ Fuente: GARCÍA DEL CORRAL, I. (1988). *Corpus Iuris Civilis*. Tomos I, II, IV y VI. Valladolid: Lex Nova.

Gayo 2. 229⁷⁹⁵ que es *caput et fundamentum totius testamenti*.⁷⁹⁶ Además, según Gayo 2. 117,⁷⁹⁷ la institución de heredero tenía que realizarse solemnemente en el testamento (*sollemni modi facta*), pues de otra forma de nada vale la *mancipatio familiae*, ni la presencia de testigos ni la *nuncupatio*. En el antiguo *testamentum per aes et libram* o *mancipatio familiae*, como afirma Fuenteseca,⁷⁹⁸ era esencial que el *pater familias* mencionase a todos los *heredes sui* (aunque fuese para excluirlos o desheredarlos) en el reparto de bienes que anunciaba públicamente mediante *nuncupatio*. Porque todos ellos formaban parte del patrimonio familiar, siendo, según Gayo 2. 157 (*quodammodo*), en cierto modo considerados dueños ya en vida del *pater familias*.

Los *heredes sui*, por tanto, eran ya eran dueños del patrimonio familiar, porque, a falta de testamento, eran los que, por disposición de la Ley de las XII Tablas,⁷⁹⁹ heredarían el patrimonio familiar re-

⁷⁹⁵ Gai 2. 229: “*Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta uim ex institutione heredis accipiunt, et ob id uelut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio*”.

⁷⁹⁶ SANFILIPPO, C. (1937). *Studi sull’ hereditas*, Palermo: AUPA, p. 142; MASCHI, C. A. (1967). *La solennità della heredis institutio nel diritto romano*. Milán: Giuffrè, p. 643; VISMARA, G. (1938). *Appunti intorno alla heredis institutio*. Milán: Giuffrè.

⁷⁹⁷ Gayo describe las palabras exactas que eran necesarias para la institución solemne de heredero. Gai 2.117: “*Sollemnis autem institutio haec est: TITIVS HERES ESTO: sed et illa iam comprobata uidetur: TITIVM HEREDEM ESSE IVBEO: at illa non est comprobata: TITIVM HEREDEM ESSE VOLO; sed et illae a plerisque inprobatae sunt: TITIVM HEREDEM INSTITVO, item HEREDEM FACIO*”. Ver también C. 6. 23. 15 pr-2.

⁷⁹⁸ FUENTESECA, M. (2016). “La *mancipatio familiae* o el *negotium testamenti ordinandi gratia*.” En *SCDR*, XXIX, p. 124.

⁷⁹⁹ Según FUENTESECA, “La *mancipatio*...”, *op. cit.*, p. 123, existieron dos formas mediante las cuales la *lex successionis* podía ponerse de manifiesto desde la

partido por cabezas. Estos eran los herederos *ex lege* cuando no había testamento. Por este motivo, no solo debía instituir el testador al heredero, sino también desheredar a los que fuesen *heredes sui* conforme a la ley.⁸⁰⁰ En caso contrario, cualquiera de ellos podría solicitar en el *iudicium familiae erciscundae* que el *arbiter* procediese al reparto de los bienes conforme a la ley entre los *heredes sui*, poniendo en duda la eficacia y la validez del testamento.⁸⁰¹ Pero veamos cómo evolucionó en Roma la libertad de instituir heredero, comenzando, en primer lugar, por cómo describen los juristas clásicos la Ley Falcidia.

época decenviral. Si no había hecho la *mancipatio familiae* y el *pater familias* moría intestado, entonces la *lex successionis* era la establecida en la Ley de las XII Tablas V. 4-5 (*si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto*), según la cual serían titulares del patrimonio familiar los *heredes sui*, y a falta de éstos, el agnado más próximo. Pero, además, también era posible que el *pater familias*, por medio de la *nuncupatio* pronunciada en la *mancipatio familiae*, estableciese una *lex successionis* distinta a la establecida en la ley.

⁸⁰⁰ LÓPEZ RENDO, C. (1991). *Fundamento de la Regla "Sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi en el Ius Civile"*. Oviedo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.

⁸⁰¹ Según FUENTESECA, "La *mancipatio*..."; *op. cit.*, p. 120, la forma solemne de la *mancipatio familiae* garantizaba que se cumpliera la última voluntad del difunto. en el litigio que se suscitase serían llamados como testigos los cinco ciudadanos romanos cuya presencia era necesaria para la celebración de la *mancipatio familiae*. La declaración de éstos despejaría todas las dudas acerca del contenido de la última voluntad del *pater familias*. Por tanto, se proclamaba públicamente quién era el heredero del causante y la forma en que se repartiría el patrimonio familiar en legados.

II. La Ley Falcidia según los juristas romanos

Gayo describe el motivo por el cual se hizo necesaria la promulgación de esta ley en el pasaje 2. 224:⁸⁰² antiguamente (*olim*) era lícito destinar todo el patrimonio a legados y manumisiones y dejar al heredero el vacío nombre de tal (*heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis*), y esto parecían admitirlo las XII Tablas. A continuación explica el jurista el problema que esto ocasionaba: los herederos así instituidos se abstendían de aceptar la herencia, abriéndose entonces la sucesión intestada.⁸⁰³ El problema radicaba en que si se distribuía todo el patrimonio en legados, al heredero no le compensaba soportar las cargas de la herencia (Gayo 2. 226).

⁸⁰² Gai 2. 224: “*Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere uidebatur, qua cauetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his uerbis: VTI LEGASSIT SUAE REI, ITA IVS ESTO. Quare qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur*”. Ver HERNÁNDEZ TEJERO, F. (1985). *Instituciones de Gayo*. Madrid: Civitas.

⁸⁰³ En opinión de FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO SERRANO, J. (2016). *Fundamentos de derecho privado romano*. Madrid: Marcial Pons, p. 433, la institución del heredero es la razón histórico-jurídica a la que está vinculada la aparición del testamento, y originariamente era el único contenido de éste. Su progresiva adaptación para dar cabida a otras disposiciones se produce a partir de la consideración de la institución de heredero como el fundamento de todas las demás cláusulas testamentarias. Esto conlleva que la institución de heredero debe colocarse al principio del testamento y que las restantes disposiciones y el propio testamento carezcan de validez si decae la institución de heredero, o si aquellas se colocan antes de la *heredis institutio*. Sin embargo, según estos autores, la evolución del derecho en este aspecto se orienta a la progresiva superación del formalismo, en atención a la relevancia de la voluntad testamentaria.

Según Fuenteseca,⁸⁰⁴ la Ley Falcidia se promulgó, como muy clara y extensamente nos explica Gayo 2. 224 y 2. 227, para que el heredero instituido en el testamento aceptase la herencia.

Afirma Fuenteseca que la exposición gayana no deja lugar a dudas: la Ley Falcidia no estableció ninguna reserva de una porción

⁸⁰⁴ Ver FUENTESECA, “La mancipatio...”, *op. cit.*, p. 129, en nota nº 29 explica el motivo por el cual Gayo menciona la existencia de dos leyes reformadoras previas. “Primero una Ley Furia (de fecha desconocida, pero anterior a la Ley Voconia) prohibió que, salvo ciertas excepciones, nadie recibiese por legado o donación mortis causa más de mil ases, pero, como afirma Gayo 2. 225, no se consiguió la finalidad pretendida, ya que, por ejemplo, el que tenía un patrimonio de 5000 ases podía repartirlo en cinco legados de 1000 ases cada uno (con lo cual al *heres* no se le dejaba nada). Posteriormente la Ley Voconia (año 169 a.C.) habría establecido que nadie podía recibir por medio de legado o de donación mortis causa más que los herederos, pero, afirma Gayo 2.226, si el testador repartía el patrimonio entre muchos legatarios, al heredero le quedaría una porción tan reducida que no le compensaría aceptar la herencia”. Agrega que “estas dos reformas descritas por Gayo parecen en cierto modo una aclaración que introduce el jurista con fines aclaratorios o didácticos, ya que ninguna de las dos proporcionaba una solución verdaderamente eficaz”. También sostiene que “en realidad lo que nos quiere transmitir Gayo es que, entre otras posibles soluciones, la única forma de garantizar verdaderamente la aceptación por parte del heredero (*scriptus* o nombrado en el testamento) fue asegurarle la obtención, en todo caso, de la cuarta parte de la herencia”. Y concluye: “Por tanto, Gayo quiere encontrar la justificación al hecho de que se impusiese (como última ratio) la limitación a la libertad del testador de disponer en legados”. Sobre la infracción de la Ley Furia, dicen DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. (2009). *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 570, que podía ser castigada con una multa del cuádruplo de lo que el legatario hubiera cobrado de más, concediendo al heredero una *manus iniectio* pura, que era una acción que permitía al demandado defenderse solo, sin necesitar un *vindex*. Ver Gai 4, 23.

o parte legítima a favor de los *heredes sui*.⁸⁰⁵ La Ley Falcidia lo que estableció fue la reserva de una cuarta parte de la herencia a favor del *heres scriptus*, porque su aceptación era imprescindible para la validez del testamento.⁸⁰⁶

De estos pasajes de Gayo deduce Fuenteseca⁸⁰⁷ que, en definitiva, había plena libertad para nombrar un heredero en el testamento, ya que *heres scriptus* podía ser un *extraneus* o también un *heres suus*, pero para asegurar su aceptación había que reservarle a aquel la cuarta parte de la herencia, mientras que el resto se podía repartir en legados, en la forma y entre quienes quisiera el *pater familias*, siempre que, como dice Fuenteseca, se le reservase al heredero una cuarta parte de la herencia y que todos los *heredes sui* apareciesen nombrados en el testamento, aunque fuese para desheredarlos.

En este aspecto sigue la opinión de Fernández Barreiro, para quien con la reserva de una cuarta parte de la herencia para el heredero por la Ley Falcidia se trató de garantizar un resultado adquisitivo mínimo, de manera que no se desentendiese de la herencia y pudieran salvarse los legados aunque tuvieran que verse reducidos.

Por otro lado, el jurista Paulo describe el contenido de la Ley Falcidia en el libro único de comentario a esta ley, en D. 35. 2. 12⁸⁰⁸ de

⁸⁰⁵ Se pronuncia FUENTESECA en contra de que los *heredes sui* hubiesen sido en derecho romano herederos forzosos en el sentido actual del término: los *heredes sui* no eran, por tanto, los herederos forzosos que existen en el derecho civil español vigente, como sostiene SUÁREZ BLÁZQUEZ, *Derecho...*, *op.cit.*, pp. 23-25.

⁸⁰⁶ Dicen FERNÁNDEZ BARREIRO y PARICIO SERRANO, *op. cit.*, p. 437, la necesidad de establecer un equilibrio entre el legatario y el heredero motivó la aprobación de las leyes Furia, Voconia y Falcidia. Ver ARIAS BONET, J. A. (1950). "Mortis causa captiones." En *AHDE*, N° 20, pp. 781-800 y CASSISI, S. (1949). *L'editto di Verre e la lex Voconia*. Catania: AUCT.

⁸⁰⁷ Ver FUENTESECA, "La mancipatio..." *op. cit.*, p. 130.

⁸⁰⁸ D. 35. 2. 1. "Paulus libro singulari ad legem Falcidiam: Lex Falcidia lata est,

la siguiente forma:

Se promulgó la Ley Falcidia, la cual concedió en el primer capítulo la libre facultad de legar hasta las tres cuartas partes con estas palabras: “cualquier ciudadano romano que, después de promulgada esta ley quiera hacer testamento, tenga derecho y potestad para dar y legar este dinero y estas cosas a quienes quiera, en la forma que es lícito siguiendo esta ley”. En el segundo capítulo estableció el límite de los legados con estas palabras: “cualquier ciudadano romano que después de promulgada esta ley hiciera testamento, tenga derecho y potestad para dar y legar a cualquier ciudadano romano por derecho público cuanto dinero quiera, con tal de que el legado se dé de modo que los herederos no perciban por este testamento menos de la cuarta parte de la herencia. Sea lícito a quienes así se hubiere dado o legado alguna cosa, percibir este dinero sin fraude propio y este heredero a quien se le hubiere mandado o a quien se le hubiere condenado a dar ese dinero, deba dar el dinero a que fue condenado”.

Aquí Paulo en primer lugar afirma que la Ley Falcidia estableció la libre facultad del testador de legar hasta las tres cuartas partes de la

quae primo capite liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem his verbis: QUI CIVES ROMANI SUNT, QUI EORUM POST HANC LEGEM ROGATAM TESTAMENTUM FACERE VOLET, UT EAM PECUNIAM EASQUE RES QUIBUSQUE DARE, LEGARE VOLET, IUS POTESTASQUE ESTO, UT HAC LEGE SEQUENTI LICEBIT. Secundo capite modum legatorum constituit his verbis: QUICUMQUE CIVIS ROMANUS POST HANC LEGEM ROGATAM TESTAMENTUM FACIET, IS QUANTAM CUIQUE CIVI ROMANO PECUNIAM IURE PUBLICO DARE, LEGARE VOLET, IUS POTESTASQUE ESTO, DUM ITA DETUR LEGATUM, NE MINUS, QUAM PARTEM QUARTAM HEREDITATIS, EO TESTAMENTO HEREDES CAPIANT. EIS QUIBUS QUID ITA DATUM, LEGATUMVE ERIT, EAM PECUNIAM SINE FRAUDE SUA CAPERE LICETO; ISQUE HERES, QUI EAM PECUNIAM DARE IUSSUS DAMNATUS ERIT, EAM PECUNIAM DEBETO DARE, QUAM DAMNATUS EST”.

herencia, y a continuación describe el contenido de dicha ley, cuyo segundo capítulo establecía que los herederos nunca podrán percibir menos de la cuarta parte de la herencia. En definitiva, son dos formas de describir lo mismo: los herederos necesariamente tenían que recibir una cuarta parte de la herencia o, lo que es lo mismo, el testador podía distribuir en legados tres cuartas partes de la herencia. Y exactamente lo mismo afirma Ulpiano respecto a la Ley Falcidia, aunque de forma mucho más sintética, en Tit. Ulp. 24. 32: “*Lex Falcidia iubet non plus quam dodrantem totius patrimonii legari, ut omni modo quadrans integer apud heredem remaneat*” (“la Ley Falcidia ordena que no se puede legar más de las tres cuartas partes de la herencia, de forma que en todo caso le quede la cuarta parte íntegra al heredero”).

Por tanto, conforme a la Ley Falcidia, existía una cuarta parte que se reservaba para el heredero instituido y los tres cuartos restantes se podían distribuir en legados. Los herederos nombrados en el testamento recibirán, en todo caso, siempre una cuarta parte de los bienes hereditarios.⁸⁰⁹

Se trata de una cuarta parte íntegra, esto es, deducidas las deudas de la herencia, y reduciéndose, si fuese necesario, los legados, los fideicomisos y las donaciones *mortis causa*, cuya casuística analizamos más adelante. La reserva de esta cuarta parte tenía por finalidad asegurar la aceptación del heredero nombrado en el testamento en

⁸⁰⁹ En este sentido, afirma LALINDE ABADÍA, J. (2001). *Derecho Histórico español*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, p. 383, que en Roma se articuló la sucesión con arreglo a principios individualistas, en virtud de los cuales una persona denominada “heredero” (*heres*) ocupaba el lugar de otra a su fallecimiento, evitando que se interrumpiese el culto a los antepasados. El heredero sucedía en todos los bienes, por lo que la sucesión era, en palabras de este autor, un “modo universal de adquisición” (*successio in universum ius*). Este concepto subsistió entre los visigodos y renació en la Edad Media hasta llegar a la codificación.

todo caso, esto es, salvaguardar la validez del testamento, con lo cual se garantizaba el cumplimiento de la última voluntad del finado, pero también el pago de las deudas y la recaudación del impuesto que recaía sobre la herencia (*vicissima hereditatum*).

Por otro lado, tal y como se deduce de los pasajes de los juristas clásicos, la Ley Falcidia establece solamente la distinción entre el heredero instituido en el testamento y los legatarios, siendo por tanto esencial la institución de heredero, sea extraneus o *heres suus*: en ambos casos existe el derecho a la cuarta falcidia.

Se trata de una cuota, la cuarta parte de la herencia, que tendrá que quedar íntegra para el heredero o herederos instituidos en el testamento.

III. La Ley Falcidia en la legislación imperial

En C. 6.50., titulado *ad legem Falcidiam*, aparecen reunidas diferentes disposiciones legislativas de la época imperial romana que se refieren a la forma en la que se mantenía íntegra la cuarta parte de la herencia, que, por la Ley Falcidia, correspondía al heredero instituido en el testamento.

Según C. 6. 50. 2 (año 197),⁸¹⁰ para contar la cuarta parte de la herencia se reducirán en proporción todos los legados y los fideicomisos, incluidos, según C. 6. 50. 4 (año 222),⁸¹¹ los legados dados al príncipe, y también se reducirán las inmoderadas donaciones *mortis causa* (en el caso concreto del pasaje, las hechas por la madre a la hermana),

⁸¹⁰ C. 6. 50. 2. "*Falcidiae rationem adversus omnes pro modo legatorum et fideicommissorum locum habere, certi et explorati iuris est*".

⁸¹¹ C. 6. 50. 4. "*Et in legatis principi datis legem Falcidiam locum habere, merito divo Hadriano placuit*".

según C. 6. 50. 5 (año 223).⁸¹² Y para contabilizar la cuarta parte de la falcidia también se deducirán todas las deudas de la herencia, incluido lo que se le debía al propio heredero en el momento de la muerte (C. 6. 50. 6 pr),⁸¹³ y todos los legados a prorrata, aunque se hubiesen dado para hacer obras públicas o para colocar estatuas (C. 6. 50. 6. 1),⁸¹⁴ y se computará también todo lo que el heredero voluntariamente pagó (C. 6. 50. 6. 2).⁸¹⁵ No hay derecho a la cuarta falcidia en el caso del testamento de un militar (C. 6. 50. 7. pr).⁸¹⁶ Ni tampoco cuando el testador, conociendo la cuantía de su patrimonio, lo prohibió, y si el heredero no obedece en esto al difunto, se defiende la herencia a los legatarios, aunque si paga íntegramente el heredero algunos legados, conociendo con exactitud el importe de la herencia, no se le permitirá la repetición de lo pagado ni la retención de la herencia. Y tendrá el heredero derecho a la cuarta falcidia en el caso de que se hiciera inventario (C. 6. 50. 7, Auth. Nov. 1, c. 2 y 3).⁸¹⁷ Pero

⁸¹² C. 6. 50. 5. “*Si mortis causa immodicas donationes in sororem tuam matrem contulisse probare potes, legis Falcidiae ratione secundum constitutionem divi Severi, avi mei, uti potes*”.

⁸¹³ C. 6. 50. 6. pr. “*In ponenda ratione legis Falcidiae omne aes alienum deducitur, etiam quod ipsi heredi mortis tempore debitum fuerit, quamvis aditione hereditatis confusae sint actiones*”.

⁸¹⁴ C. 6. 50. 6. 1. “*Omnia autem legata, quamvis in operibus publicis conficiendis statusque ponendis data sint, ad contributionem dodrantis pro rata suae cuiusque quantitatis revocantur*”.

⁸¹⁵ C. 6. 50. 6. 2. “*Nec si quid ultro solidum heres praestiterit aut perfecerit, legitimae computationi praeiudicatur*”.

⁸¹⁶ C. 6. 50. 7. pr. “*In testamento quidem militis ius legis Falcidiae cessat. Sed ea, quae ad vos pertinetia defunctus tenuit, bonorum eius videri minime possunt, et ideo recte rationem eorum, ut aeris alieni, haberi desiderabitur*”.

⁸¹⁷ C. 6. 50. 7, Auth. Nov. 1, c. 2. y 3. “*Sed quum testator hoc expressim vetuit, non ignarus, quis modus sit sui patrimonii, cessat Falcidia, et si heres in hoc defuncto*

no cuando se dispuso que determinados bienes quedasen en poder de los sucesores de aquel a quien se dejaron (C. 6. 50. 7, Auth. Nov. 119, c. 11),⁸¹⁸ ni los que se dejaron para causas pías (C. 6. 50. 7, Auth. Nov. 131, c. 12).⁸¹⁹ Y no se puede pedir lo debido por la Ley Falcidia a los sucesores en los legados o los fideicomisos, si las deudas de la herencia hubiesen consumido todos los bienes de ésta (C. 6.50.16).⁸²⁰

IV. La Ley Falcidia en las Instituciones de Justiniano

En las Instituciones de Justiniano (I. 2. 22) se detalla el contenido

non pareat, defertur hereditas personis enumeratis sub titulo de legatis. Item si heres quaedam legata, substantiae mensuram subtiliter agnoscens, praestat in solidum, neque ex his repetitio, nec ex aliis permittitur retentio, nisi inopinatum quid emergat. His cessantibus locus est Falcidiae, si fiat inventarium secundum modum tempusque statutum in aditione; hac quoque adhibita observatione, ut in praesentia omnium ipsius civitatis, in qua fiat, legatariorum aut pro eis agentium, si personae ratio sit habenda, perficiatur, vel si quis absit ex ipsis aut interesse noluerit, succedat praesentia trium testium, itidem ipsius civitatis locupletum et bonae opinionis, absque praeiudicio tamen veritatis inquirendae per servorum quaestionem et heredistestiumque iusiurandum. Quo non observato, solida legata praestet, etsi fines hereditarios excedant. Nulla autem quaestionum talium vel litium excedat annum. Anno enim culpa heredis transacto, cadet a relictis”

⁸¹⁸ C. 6. 50. 7, Auth. Nov. 119, c. 11. “Sed et in ea re cessat Falcidia, quae ita relicta est, ne alienetur, sed permaneat apud successores eius, cui relicta est”

⁸¹⁹ C. 6. 50. 7, Auth. Nov. 131, c. 12. “Similiter Falcidia cessat in his, quae ad pias causas relicta sunt”

⁸²⁰ C. 6. 50. 16. “Successores legata vel fideicommissa, si aes alienum hereditarium defuncti substantiae fines occupaverit, legis Falcidiae iussio peti, item Trebelliani senatusconsulti praeceptum exigere non concedit”

de la Ley Falcidia prácticamente en los mismos términos que los juristas clásicos. Se describe el motivo por el cual se promulgó esta ley de la siguiente forma (I. 2. 22, pr):⁸²¹

Resta que hablemos de la Ley Falcidia, por la que se ha puesto últimamente un límite a los legados. Pues como resulta que en otro tiempo era libre, según la Ley de las XII Tablas, la facultad de legar, de forma que era lícito consumir todo el patrimonio en legados (porque en ésta se había dispuesto que: como hubiese legado de su cosa, así sea derecho *—uti legassit suae rei, ita ius esto—*), pareció conveniente coartar esta libertad de legar; y se dispuso esto en beneficio de los mismos testadores por esta razón, porque la mayor parte morían intestados, rehusando los herederos instituidos adir las herencias porque les reportaban un beneficio nulo o mínimo. Y habiéndose promulgado sobre esta cuestión tanto la Ley Furia como la Ley Voconia, ninguna pareció suficiente para la consecución de este objetivo, se promulgó entonces la Ley Falcidia, en la que se dispuso que no sea lícito legar más de las tres cuartas partes de todos los bienes, esto es, que ya si se hubiese instituido un heredero o muchos, quedase para él o para ellos una cuarta parte.

Se confirma, pues, en las Instituciones de Justiniano que la naturaleza jurídica de la cuarta falcidia en época postclásica es la misma

⁸²¹ I. 2. 22, pr. “*Superest ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est. Quum enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare (quippe ea lege ita cautum esset: <>), visum est hanc legandi licentiam coartare; idque ipsorum testatorum gratia provisum esto ob id, quod plerumque intestati moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire. Et quum super hoc tam lex Furia quam lex Voconia latae sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur, novissime lata est lex Falcidia, qua cavetur, ne plus legare liceret, quam dodrantem totorum bonorum, id est, ut, sive unus heres institutus esset sive plures, apud eum eosve pars quarta remaneret”*

que la que se deducía de la descripción de los juristas clásicos. La cuarta falcidia es la cuarta parte de la herencia que necesariamente se debe reservar a favor del heredero instituido en el testamento, ya fuese éste uno solo o varios. Pero además se describe con toda claridad la finalidad por la cual se estableció por ley la reserva de la cuarta parte: se hizo en beneficio de los propios testadores (*idque ipsorum testatorum gratia provisum est*).⁸²²

En definitiva, con esta ley se evitaba que murieran intestados, o lo que es lo mismo, se garantizaba la aceptación de la herencia por parte del heredero y la validez, en consecuencia, del testamento. Por tanto, la finalidad última que perseguía la Ley Falcidia era que se cumpliese siempre la última voluntad del testador.

La forma mediante la cual se hacía efectiva la reserva de la cuarta parte de la herencia a favor de los herederos se aclara en las Instituciones mediante la descripción de un caso concreto de aplicación de la Ley Falcidia. El caso, descrito en I. 2. 22. 1,⁸²³ es el siguiente: se había instituido herederos a Ticio y a Seyo, pero a cargo de Ticio se establecieron legados que agotaban su parte o gravámenes más allá del límite, mientras que a cargo de Seyo no se establecieron legados o solo algunos, que disminuían su parte hasta solo la mitad. En este caso se admite que Ticio retenga de los legados la cuarta parte de

⁸²² Ver BONIFACIO, F. (1948). *Ricerche sulla "Lex Falcidia de legatis"*. Nápoles: Jovene; FRANCIOSI, G. (1973). "Lex Falcidia," "SC Pegasianum" e disposizioni a scopo di culto, *Studi in memoria di G. Donatuti I*. Milán: Cisalpino, pp. 401-414.

⁸²³ I. 2. 22. 1: "*Et quum quaesitum esset, duobus heredibus institutis, veluti Titio et Seio, si Titii pars aut tota exhausta sit legatis, quae nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata, a Seio vero aut nulla relicta sint legata, aut quae partem eius duntaxat in partem dimidiam minuant, an, quia is quartam partem totius hereditatis aut amplius habet, Titio nihil ex legatis, quae ab eo relicta sunt, retinere liceret? placuit, ut quartam partem suae partis salvam habeat, posse retinere; etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiae ponenda est*".

su porción, porque el cálculo de la falcidia se debe aplicar a cada heredero por separado.

Este caso contiene mucha información de la forma de aplicación de la Ley Falcidia. Como hemos visto, según I. 2. 22, pr, la cuarta falcidia correspondía a los herederos instituidos en el testamento, ya fuesen uno o varios, por tanto, en este caso (descrito en el pasaje siguiente, I. 2. 22. 1) a Ticio y a Seyo les correspondía a cada uno la mitad de la cuarta parte.

Por ese motivo, si se le imponen a Ticio legados de una cuantía que sobrepasa esa porción, o gravámenes que impliquen una disminución de ésta, podrá retener de esos legados la cantidad necesaria para que quede íntegra su porción de la cuarta parte. Se explica en este pasaje el motivo, y es que la Ley Falcidia debe aplicarse por separado a cada heredero.

En consecuencia, también en derecho justiniano, la Ley Falcidia implicaba la reserva a favor del heredero (o herederos) instituido en el testamento de la cuarta parte de la herencia, de forma que, si fuesen dos o más los instituidos, tendrían derecho a una parte –por cabezas– de esa porción.

La porción que le era debida a cada uno de los herederos instituidos era, por tanto, la que resultaba de dividir entre ellos esa cuarta parte de la herencia. El resto lo podía distribuir el testador en legados. Se aseguraba así la aceptación del heredero instituido, que recibía la porción que le correspondía íntegra, porque la cuarta parte se calculaba una vez deducidas las deudas de la herencia. Y a la vez, con esa aceptación se protegía a los acreedores de la herencia que podrían cobrar sus deudas en las tres cuartas partes restantes. Por este motivo vuelve a recordar Justiniano (I. 2. 22. 2)⁸²⁴ que la cuantía del

824 I. 2. 22. 2: *“Quantitas autem patrimonio, ad quam ratio legis Falcidiae redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque si verbi gratia is, qui centum aureorum patrimonium in bonis habebat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodest, si antem aditam*

patrimonio a la que se la aplica el cálculo de la legítima se estima al tiempo de la muerte del causante y que (I. 2. 22. 3)⁸²⁵ en ese cálculo se deducen lo primero las deudas, además de los gastos del funeral, el valor de los esclavos manumitidos, haciéndose la distribución del resto de modo que quede la cuarta parte para los herederos y las otras tres cuartas partes se distribuyan entre los legatarios a prorrata.

Y también en las Novelas de Justiniano aparece descrita la Ley Falcidia en los mismos términos. Según la Nov. 1, Const. 1, cap. 23,⁸²⁶

hereditatem per servos hereditarios aut ex partu ancillarum hereditiarum aut ex foetu pecorum tantum accesserit hereditati, ut, centum aureis legatorum nomine erogatis, heres quartam partem hereditatis habiturus sit; sed necesse est, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso, si septuaginta quinque legaverit, et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendiis forte aut naufragiis aut morte servorum, ut non amplius quam septuaginta quinque aureorum substantia vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur: nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem; quae res efficit, ut necesse sit legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portionem pacisci”.

⁸²⁵ I. 2. 22. 3: “*Quum autem ratio legis Falcidiae ponitur, ante deducitur aes alienum, item funeris impensa, et pretia servorum manumissorum; tunc deinde in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud heredes remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuuntur, pro rata scilicet portione eius, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus, quadringentos aureos legatos esse, et patrimonii quantitatem ex qua legata erogari oportet, quadringentorum esse, quarta pars legatariis singulis debet detrahi: quodsi trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi: quodsi quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet; ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde, quod ex bonis apud heredem remanere oportet”.*

⁸²⁶ Nov. 1, Const. 1, cap. 2. “*hinc nobis ingressa est cura et quaedam consideratio Falcidiae legis, quae etiam invitis testatoribus, si expendantur res per legata, praebet etiam retinere heredes, quantum eis impleat quartam substantiae. Et*

dicha ley permite, como afirma el emperador, aun en contra de la voluntad de los testadores, en el caso de que los bienes de la herencia se hubieran consumido en legados, que los herederos retengan bienes hasta completar la cuarta parte de éstos. Esta oposición a la voluntad del difunto, afirma Justiniano, es debida a la ley que permite tales cosas.

Pero es curioso que en estos pasajes de las Instituciones de Justiniano referidos a la cuarta falcidia no se mencione a los hijos, que, cuando fuesen instituidos herederos, tendrían derecho a esa cuarta parte. Como veremos, Justiniano aumentó la parte que, *ex lege*, les correspondía a los hijos cuando eran nombrados herederos. La cuarta falcidia quedó, pues, reservada para cuando el heredero o herederos nombrados eran unos extraños. Esta fue la innovación del derecho justiniano, como veremos en el apartado siguiente.

V. Otras disposiciones en las Novelas de Justiniano

Justiniano impuso la realización de un inventario por parte del heredero que temía que no le quedase la falcidia después de que se hubiesen pagado las deudas y los legados, procedimiento que describe en la Nov. 1, Const. 1, cap. 2. 1.⁸²⁷

hinc enim repugnare quidem videntur voluntati deficientis, et incumbere legi talia permittenti. Sancimus igitur, quoniam tuenda nobis ubique est deficientium voluntas, heredes, si voluerint hac utilitate potiri, puram servare legis potestatem, et non per ea, quae forte subripiunt aut malignantur, introducere pertentent Falcidiam, quum utique, si nihil malignati essent, non forte competeret!

⁸²⁷ Nov. 1, Const. 1, cap. 2. 1. “*fat igitur inventarium ab herede metuente, ne forte non habeat post debita et legata Falcidiam, secundum modum et tempora, per quae dudum sancivimus, quando homines excepimus ex damno rerum suarum,*

En cambio, si no hace inventario, no podrá el heredero retener la falcidia, sino que deberá satisfacer por completo a los legatarios y a los fideicomisarios, aunque la dación de legados exceda de la cuantía íntegra de los bienes (cap. 2. 2).⁸²⁸ De esta forma, afirma Justiniano,

in aditionibus statuente onera usque ad substantiae relictae mensuram, illo adiecto solo, ut oporteat huiusmodi heredem, qui non creditorem solum, sed etiam, legatarios et fideicommissarios, veretur, et metuit non damnificari solum, sed etiam non lucrari, convocare omnes legatarios, et fideicommissarios, quancumque in eadem civitate sunt constituti, aut quosdam pro eis agentes, si forte personarum natura, aut dignitas, aut qualitas, aut aetas, aut quaelibet necessitas facultatem eis non dat ad inventarii praesentiam. Si vero absunt aliqui, interesse testes in ipsa civitate fide dignos, et possidentes substantiam et optimae opinioniones existentes non minus tres (tabulariis enim solis, quantum ad hoc competit, non credimus), coram quibus convenit fieri inventarium, ita ut supervenientibus legatariis, et querentibus forsam subreptum aliquid rerum, aut non manifestatum, licentia sit non solum per servorum examinationem causam quaerere (nam etiam hoc praebuimus per prolatam dudum a nobis in servilibus examinationibus observationem), sed etiam per iusiurandum heredis, et iusiurandum testium dicentium, se et adfuisse iis, quae gesta sunt, et vidisse quae tunc agebantur, et in nullo conscios esse factae ab herede malignitatis, sicque in iis, quae relictas sunt a testatoribus, invenire veritatem. Nisi forte praesentes legatarii omnes aut quidam contestatione (2) sibi praemissa noluerint venire, nec adesse inventario; tunc enim licentia erit heredi etiam non advenientibus legatariis contentum esse testium praesentia, et facere descriptionem, reposito etiam sic legatariis, et iureiurando heredis, et servorum examinatione, et his omnibus observatis habere ex Falcidia praesidium. Sic enim non videbimur neque iniustitiam facere morienti. Si enim omnino quidem sibi vult aliquos fieri heredes, et habere quandam consolationem ex sua successione, et arbitratur sufficientem se habere substantiam, non tamen hoc causae veritas ostendit, certum est, quia non haec contrarietas erit sententiae morientis, sed ignorantiae puritas illius”.

⁸²⁸ Nov. 1, Const. 1, cap. 2. 2. “si vero non fecerit inventarium secundum hanc

no se menoscaba la ley (Falcidia), que fue promulgada para que el heredero no resultase perjudicado frente a los acreedores, sino que sufre el heredero la pena por causa de su propia maldad, porque infringió las leyes que evitaban su perjuicio e incluso le permitían lucrarse, conforme lo establecido en la Ley Falcidia.

Se impone por Justiniano el plazo de un año para la ejecución de todas las disposiciones testamentarias en la Nov. 1, Const. 1, cap. 4.⁸²⁹

También hemos procurado que no se invierta largo tiempo en estas cuestiones. Porque mandamos que ninguna de tales cuestiones o litigios exceda

figuram, sicut praediximus, non retinebit Falcidiam, sed complebit legatarios et fideicommissarios, licet purae substantiae morientis transcendat mensuram legatorum datio. Et hoc dicimus non nostram minuente legem, quam posuimus, ut nihil de proprio damnificentur heredes creditoribus, sed dabit eis poenam exactio suae malignitatis, cur transenderit leges, ex quibus caute omnia agens nihil poterat damnificari, sed ex diverso etiam quae sunt ex Falcidia lege lucrari. Haec autem dicimus, ubi errans testator de sua substantia hoc egit, aut forte, quum debuisset etiam ampliorem quantitatem heredi relinquere, pro minore disposuit; etenim etiam hoc errantis sententiae est, et non purae et integrae designationis. Si vero expressim designaverit, non velle heredem retinere Falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam, et aut volentem eum parere testatori, forsitan etiam quaedam iuste et pie relinquendi, lucrum non in percipiendo, sed solummodo pie agendo habentem, et non videri sine lucro huiusmodi esse hereditatem, aut si parere noluerit, eum quidem recedere ab huiusmodi institutione, locum vero fieri, sicut dudum praediximus, substitutis, et coheredibus, et fideicommissariis, et legatariis et servis, et iis, qui ab intestato sunt, et aliis, secundum prius a nobis inventam in talibus viam”.

⁸²⁹ Nov. 1, Const. 1, cap. 4. “*illud quoque prospeximus, ne tempus fiat longum in talibus quaestionibus. Nullam enim talium quaestionum aut litium transcendere anni tempus sancimus, necessitatem imponentes omnino intra annum post aditionem et legata solvi, et quae a testatore sunt relicta compleri secundum sui naturam, et omnia agi, quaecunque prius ediximus (...)*”.

del tiempo de un año, imponiendo la necesidad tanto de que se paguen en todo caso dentro del año después de la adición los legados, cuanto de que se cumplan según su naturaleza las disposiciones que por el testador se dejaron.

Y en el epílogo de esta Novela explica Justiniano que “estas disposiciones se han escrito para que aprovechen de forma común a los hombres, para que los vivos disfruten de lo que se les dejó y los que fallecen mueran con seguridad, sabiendo que la ley les auxiliará aun estando sepultados, y que la ley llevará a efecto cualquier cosa que ellos hubiesen dispuesto”.⁸³⁰

VI. Casos y forma de aplicación de la Ley Falcidia

En los pasajes del Digesto encontramos gran cantidad de casuística, esto es, muchas respuestas de los juristas clásicos a las cuestiones concretas que surgían en torno a la aplicación de la Ley Falcidia. El heredero instituido en el testamento tenía derecho a una cuarta parte de la herencia, y para determinarla con precisión había que reducir legados, fideicomisos y donaciones *mortis causa* establecidos en el testamento, pero también deducir los gastos o perjuicios causados al heredero y sumar otros conceptos, como los frutos obtenidos. En definitiva, tenían que realizarse una serie de operaciones contables para determinar qué conceptos entraban *in ratione Falcidiae* (en la cuenta de la Falcidia), expresión que utilizan los juristas romanos.

⁸³⁰ Epilogus. “*Haec nos, ut communiter omnibus prosint hominibus, scripsimus, quatenus et viventes relictis potiantur, et deficientes cum securitate moriantur, scientes, quia lex eis etiam sepultis ministrabit, et quaecunque illi disposuerint, ad effectum ipsa perducet.*”

VI. 1. El cómputo de la Ley Falcidia según Paulo

Paulo (D. 35. 2. 1. 5, lib. sing. *ad leg. Falcidiam*) nos recuerda expresamente que la Ley Falcidia se aplica también a los legados de los individuos de un municipio y los que se dejan a Dios. Y añade el jurista (D. 35. 2. 1. 7, lib. sing. *ad legem Falcidiam*) que se refiere esta ley a todo lo que se obtiene de los bienes del difunto, ya se trate de un cuerpo cierto o incierto, ya sea por peso, número o medida, o también si se hubiese legado un derecho como el de usufructo, o lo que está contenido en un derecho de crédito.

En el caso concreto de que haya que reducir el legado de usufructo, nos informa Paulo (D. 35.2.1.9, lib. sing. *ad leg. Falcidiam*) que este es un derecho divisible (no como las demás servidumbres, que, afirma, son indivisibles) y que los antiguos consideraban que el usufructo se estimaba en su totalidad: de esta manera se obtendría el importe del legado. Aunque Paulo afirma que Aristón se posicionó en contra, porque afirmó que del usufructo se podía retener una cuarta parte, como si se tratase de una cosa corporal.

También, según Paulo, en el caso de que se tratase de un legado a un acreedor de lo que se le debe (legado de deuda) se aplicará la Ley Falcidia a la cantidad que resulte de provecho para la herencia, por ejemplo, la que resulte de la obtención del pago en efectivo (D. 35. 2. 1. 10, lib. sing. *ad leg. Falcidiam*). Y la Ley Falcidia se aplicará también en el caso de que el heredero, por error, ya entregó la posesión al legatario, ya que se concede al heredero la acción para recuperar lo que excede de los tres cuartos (D. 35. 2. 1. 11, lib. sing. *ad leg. Falcidiam*). Y afirma Paulo que normalmente se pagaban los legados, pero se añadía la cláusula “que se devuelva cuanto hubiese percibido de más por la Ley Falcidia” (D. 35. 2. 1. 12, lib. sing. *ad leg. Falcidiam*). La misma idea se repite en otro pasaje, ya que en ciertos casos, afirma también Paulo, se establecía la caución al legatario, conforme a la cual éste promete que devolverá lo que recibió de más: *quanto amplius accipit reddi* (D. 35. 2. 1. 16, lib. sing. *ad leg. Falcidiam*).

Y, según Paulo, en la cuenta de la Ley Falcidia han de computarse todas las partes de cada uno de los coherederos (D. 35. 2. 1. 14, lib. sing. *ad leg. Falcidiam*), aunque cada uno tenga derecho a su parte por separado (D. 35. 2. 1. 15, lib. sing. *ad leg. Falcidiam*). Y se incluyen en el cómputo de la herencia las obligaciones naturales (D. 35. 2. 1. 17, lib. sing. *ad leg. Falcidiam*) y se resta lo que debía el heredero al acreedor, aunque luego fuese heredero de éste (D. 35. 2. 1. 18, lib. sing. *ad leg. Falcidiam*).

Y se deducirán para el cómputo de la Ley Falcidia los gastos de funeral, pero no los de la construcción de un monumento, salvo que se trate de la sepultura (D. 35. 2. 1. 19, lib. sing. *ad leg. Falcidiam*). Y si el legado consistiese en una cantidad anual para la república, se apoya Paulo en la opinión de Marcelo, conforme a la cual debe legarse una cantidad de cuyo cuatro por ciento se obtengan intereses (D. 35. 2. 3. 2, lib. sing. *ad leg. Falcidiam*).

Pero cuando se trata del legado de un esclavo, con el ruego de que fuera manumitido sin que se pueda adquirir nada por la cuarta, afirma Paulo (D. 35. 2. 33, lib. 3, *Fideicomm.*) que por decisión del Senado deja de tener lugar la falcidia. Pero si no se lega el esclavo, sino dinero, con el ruego al legatario de que manumita su propio esclavo, sí se aplicará la falcidia, según Paulo (D. 35. 2. 33 pr, lib. 3, *Fideicomm.*), y tendrá además obligación de manumitirlo, porque se entiende que el testador ya estimó el valor del esclavo. Y si se ordena que manumita un esclavo ajeno, no tendrá el legatario que gastar más en su adquisición de lo que recibió (D. 35. 2. 33. 1, lib. 3, *Fideicomm.*). En cambio, si se hubiese rogado al heredero que manumita el esclavo, afirma Paulo (D. 35. 2. 33, 2, lib. 3, *Fideicomm.*), que el precio de éste se descontará como deuda. Pero, añade el jurista, se deduce en calidad de deuda no solo el precio de los esclavos a quienes se les dio la libertad y el de los que fueron condenados al suplicio, sino el de aquellos a los que el pretor regaló la libertad en el juicio por la muerte denunciada, o la conjuración de ellos descubierta (D. 35. 2. 39, lib. 3, Sent.).

VI. 2. El cómputo de la Ley Falcidia según Papiniano

También existen pasajes de Papiniano en los que nos informa de casos concretos en que se aplicó la Ley Falcidia, entre los que exponemos los más relevantes.

Afirma Papiniano (D. 35. 2. 4, lib. 16, *Quaest.*) que en el caso de que se tratase de un legado de un fundo bajo condición, si el heredero, estando pendiente la condición, instituye a su vez al legatario como heredero, se entiende a efectos del cómputo de la Ley Falcidia (*in Falcidiae ratione*) que éste tiene el fundo a título de legado, no de heredero.

Y cuando se lega a una ciudad lo que se debe por causa de *pollicitatio*, según Papiniano, solo lo que exceda de la cantidad debida se disminuirá por la Ley Falcidia (D. 35. 2. 5, Pap. lib. 7, *Resp: superfluum duntaxat Falcidia minuetur*). Pero si se legó una servidumbre, puesto que es indivisible, no se dará por completo, sino que se debe ofrecer la estimación de una parte de ésta por intervención de la Ley Falcidia (D. 35. 2. 7, Pap. lib. 7, *Quaest: lege Falcidia interveniente*).

Y cuando uno solo de los coherederos haya sido condenado a pagar una deuda de la herencia, le corresponderá ésta a él solo en la Ley Falcidia (D. 35. 2. 8, Pap. lib. 14, *Quaest: in lege Falcidia*). Y los frutos de un fundo que ya estaban maduros al tiempo de la muerte del causante que fuesen percibidos después se incluyen en la estimación de la herencia, que se considera que fue de más valor en aquel momento, según dispone la Ley Falcidia. Pero si se trata de lo que está en el vientre de la esclava no se hace esta distinción, añade Papiniano, porque correctamente no se puede decir que sea un hombre (D. 35. 2. 9 pr y 1 Pap. lib. 19, *Quaest: in Falcidia placuit*).

Y según Papiniano, se computan en la cuenta de la Ley Falcidia (D. 35. 2. 11 pr 8. Pap. lib. 29, *Quaest: in ratione legis Falcidiae imputatur*) las retenciones que se le tengan que hacer al heredero. Por ejemplo, si un esclavo, al que se dio la libertad bajo condición, fallece antes de que se cumpla la condición, no se computará al

heredero. Y también recuerda Papiniano que, según un decreto del emperador Marco Antonio, si los herederos fueron privados de una parte de los bienes, no estaban obligados a pagar legados por mayor parte a la que se les dio. Y si el esclavo manumitido en un testamento falleciera antes de la adición de la herencia, se entiende que falleció para el heredero.

Por otra parte, según Papiniano, una deuda de los legatarios frente al instituido heredero tiene que computarse a ellos, aunque pida su exclusión el deudor, lo cual sería repelido por la excepción de dolo malo en el *arbitrium* de la falcidia (D. 35. 2. 12. Pap. lib. 30, *Quaest.*). Y podría disponer el padre en favor de la hija, que debía restituir la herencia a su hermano o coheredero, que la dote que recibió (se había divorciado) se compensase con la falcidia (D. 35. 2. 14. pr. Pap. lib. 9, Resp.).

También según Papiniano (D. 35. 2. 15., Pap. lib. 13, Resp.), lo que deba contribuir por derecho de la Ley Falcidia (*iure Falcidia*) el deudor de la herencia, a quien por pacto por causa de muerte fue remitida la deuda, se podrá retener habiéndose formulado réplica (se entiende, por tanto, que el deudor opuso la excepción de que la deuda había sido remitida, pero, no obstante, la cantidad correspondiente podrá ser retenida si el heredero lo fundamenta en la réplica). Y no cabe pacto en contra de la Ley Falcidia, como dice Papiniano (D. 35. 2. 15. 1, Pap. lib. 13, Resp.) exponiendo el siguiente ejemplo:

Un hermano, al instituir heredera a su hermana, procuró que otro, a quien quería hacer una donación, estipulase de ella que no usaría de la falcidia y que pagaría cierta cantidad, si hubiese hecho lo contrario; se constató que no se debe contrariar las leyes por convenio de los particulares y que por lo tanto la hermana habrá de tener por derecho público la retención y se ha de denegar la acción de lo estipulado.

Ni tampoco se puede eliminar la cuarta por disposición del testador, según Papiniano (D. 35. 2. 15. 8, pr. Pap. lib. 9, Resp.): “la

cuarta que, por Ley Falcidia se retiene, no se puede disminuir ni tampoco eliminar por la estimación hecha por el testador”.

VI. 3. El cómputo de la Ley Falcidia según Scaevola

También encontramos en las fuentes la descripción de ciertos casos en que se aplicaba la Ley Falcidia, expuestos por Scaevola.⁸³¹

Según este jurista, cuando entre las muchas cosas legadas el heredero ya hubiese entregado algunas, puede, con la excepción de dolo, retener de las restantes íntegra la falcidia, en nombre de las cosas que ya se dieron (D. 35. 2. 16, pr y 1, Scaev. lib. 3, *Quaest.*). Y si el legado consistiese en una sola cosa, de la que se hubiese entregado una parte, se puede retener de lo restante toda la falcidia.

Por otra parte, si el heredero hubiese sido condenado a vender por cinco un fundo que valga diez, se computarán cinco en la falcidia (D. 35. 2. 19, Scaev. lib. 8, *Quaest.*).

En otro caso, según Scaevola, si se hubiese legado un fundo y la servidumbre de vía, si en la cuenta o cómputo de la falcidia (*in falcidiae ratione*) el importe de la servidumbre fuese igual al exceso de la falcidia, se adquirirá el fundo y se extinguirá la vía (D. 35. 2. 23, Scaev. lib. 15, *Quaest.*).

Y tratándose de la herencia de una mujer que instituyó al marido y al hijo común por parte iguales, según Scaevola (D. 35. 2. 25 pr, Scaev. lib. 4, *Resp.*), se incluirá en la cuarta falcidia lo que reciba el padre de esa misma herencia a través del hijo que había sido instituido heredero (como veremos en el capítulo III, el padre tenía derecho de usufructo sobre los *bona materna*, esto es, los bienes que *mortis causa* recibían los hijos de la madre).

⁸³¹ MANNINO, V. (1981). “Cervidio Scevola e l'applicazione della Falcidia ai legati fra loro connessi”. En *BIDR*, N° 23, pp. 125-157.

Si el legado había consistido en una sarta de treinta y cinco perlas, que ya estaban en poder del legatario en el momento de la muerte del causante, afirma Scaevola (D. 35. 2. 26 pr y 1, Scaev. lib. 5, Resp.) que el heredero podía exigir que se le restituyese, o bien reivindicar aquella parte de la sarta que debía obtener por razón de la Ley Falcidia (*propter legis Falcidiae rationem*). Y si se trataba de estatuas, la Ley Falcidia recaía sobre el precio de éstas.

Scaevola propone (D. 35. 2. 27, Scaev. lib. 6, Resp.) un ejemplo práctico, conforme al cual Seyo y Agerio habrían sido instituidos herederos, con la condición de que aceptaren la herencia en el plazo de treinta días, contentándose con una determinada cantidad de dinero (áureos) y renunciando al beneficio de la falcidia. Cada uno sería sustituto recíproco del otro, si no se conformaba con la voluntad del causante y sería desheredado en este caso. La pregunta que se plantea Scaevola es si, teniendo éstos a su vez otros sustitutos con la misma condición, podían, no obstante, aceptar la herencia. Contesta el jurista que Seyo y Agerio, instituidos en primer lugar, podían adir la herencia como si no se hubiese puesto esa condición, que se impuso por causa de fraude.

Aquí, en definitiva, lo que viene a decir Scaevola es que el testador quiere asegurar la obtención de una determinada cantidad de dinero al heredero, porque la renuncia a la Ley Falcidia se le impone para evitar fraudes. Se entiende, por lo tanto, que produzcan la disminución de esa cantidad de dinero. Scaevola dice que Seyo y Agerio pueden aceptar la herencia como si no se hubiese puesto esa condición. Por tanto, la aceptación de la herencia implica siempre y en todo caso la aplicación de la falcidia, aunque se excluya por el heredero al hacer la aceptación por mandato del testador.

VI. 4. El cómputo de la Ley Falcidia según Meciano

Según Meciano (D. 35. 2. 30 pr, Maec. lib. I, *Fideicomm.*), en la

cuenta de la Ley Falcidia (*in ratione legis Falcidiae*) se descuenta al heredero el fallecimiento de esclavos y de los demás animales, los hurtos, los robos, los incendios, las ruinas, los naufragios, las violencias ocasionadas por los enemigos, depredadores y ladrones, los créditos empeorados por los deudores, en definitiva, cualquier daño si están los legatarios exentos de culpa. Del mismo modo, afirma Meciano, pertenecen al lucro del heredero los partos de las esclavas y lo que se adquirió por medio de los esclavos, sea por medio de estipulaciones, entrega de cosas, legados o herencias dadas a ellos y demás donaciones; y también las servidumbres, con cuya liberación aumentaría el valor los predios, y las acciones adquiridas, como la de hurto, la de daño y de injuria, y otras semejantes, cosas de las cuales ninguna cae dentro de la Ley Falcidia.

Sobre todo se refiere Meciano (D. 35. 2. 30, 2, Maec. lib. I, *Fidei-comm.*) a los daños causados después de la muerte del testador, que incumben solo al heredero de forma absoluta y sin ninguna distinción, porque lo que sería conforme a derecho para la totalidad, prescindiendo de la Ley Falcidia, lo será también para la parte que se constituiría por ella.

Si se hubiese causado un daño, pero no después de la muerte, se podrían deducir, para la estimación de los bienes que hubo en el momento de la muerte, alguna porción de las cosas que se cuentan, pesan o miden, afirma Meciano (D. 35. 2. 30. 3, Maec. lib. I, *Fidei-comm.*). Y si se hubiese legado una cosa cierta, como “el dinero que tengo en el arca” o “el vino que tengo en aquellas tinajas”, si perecieron sin culpa del heredero, o se deterioraron, o no se debe nada (por el heredero al legatario) o se deben las cosas que subsistieron, pero en la porción que se estime con arreglo a la Ley Falcidia (D. 35. 2. 30, 4 Maec. lib. I, *Fidei-comm.*). En cambio, si se tratase de un legado de cosa incierta, afirma Meciano (D. 35. 2. 30, 5 Maec. lib. I, *Fidei-comm.*), por ejemplo, “la plata que hubiese elegido”, y toda la plata hubiese perecido sin culpa del heredero, no se debería dar nada, pero si se hubiese legado puramente una cantidad de plata,

aunque hubiese perecido toda la plata, se aplicará la falcidia y se dará una porción de la cantidad que hubo al momento del fallecimiento.

Pero según Meciano (D. 35. 2. 30, 6, Maec. lib. I, *Fideicom.*), en general, las cosas que perecieron no se deben en parte ninguna, ni tampoco su estimación, igual que si se hubiesen nombrado por su especie.

En el caso de que el testador haya dado el mandato de venta o compra de un fundo por un cierto precio, solamente se incluirá en la cuenta de la falcidia cuanto de más o de menos recibió el mandatario respecto a la cantidad que estableció el testador que vendiera o comprara, que se considerará legado. Pero, afirma Meciano (D. 35. 2. 30. 1, Maec. lib. I, *Fideicom.*), en este caso a la cuenta de la falcidia se deduce de más, porque el precio no lo recibe por causa de la herencia. Por eso añade que, hecha la deducción, el precio restante se entiende legado.

Y según este mismo jurista (D. 35. 2. 30, 8 Maec. lib. I, *Fideicom.*), no se computan las cosas que se legaron o dieron en fideicomiso al propio heredero, o a su propio cargo o a su esclavo.

También afirma Meciano (D. 35. 2. 32 pr, Maec. lib. I, *Fideicom.*) que las acciones penales sí se computan en la herencia del que puede ejercitarlas, pero, en cambio, no se computan entre los bienes del reo, cuando éste ha fallecido, porque se extinguen por su muerte. Concretamente la acción de injurias no se computa en la herencia del actor, cuando ha fallecido, porque se extingue con él, como el usufructo, y como lo que se debe a una persona por día, mes o año mientras viva. Afirma el jurista que solamente produce disminución de los bienes del reo la obligación que se transmite en contra del heredero.

Y tratándose de un legado de dinero (cien áureos), a pagar durante uno, dos o tres años, se deducirá la porción de la falcidia de cada una de las cantidades, afirma Meciano (*portionem legis Falcidiae detrahi placuit*, D. 35.2.32.3, Maec. lib. I, *Fideicom.*). Y si se hubiesen legado veinte a Ticio, a los que se hubiesen traído la porción de la Ley Falcidia, si se rogó a Ticio que restituyera cinco a Seyo, se debe

deducir de los cinco de Seyo en proporción tanto como se dedujo a Ticio de los veinte. Esto lo considera Meciano conforme a la equidad (D. 35. 2. 32. 4, Maec. lib. I, *Fideicomm.*).

Pero si se tratase de la manunición de un esclavo se deberá en todo caso darle la libertad, y esto, según Meciano (D. 35. 2. 32. 5, Maec. lib. I, *Fideicomm.*), no contradice lo anterior, porque aquí el fundamento es el *favor libertatis*, que obliga frecuentemente también a tomar otras decisiones más benignas.

VI. 5. El cómputo de la Ley Falcidia según Ulpiano

Como principio general afirma Ulpiano (D. 35. 2. 42, lib. 14, ad. Ed.) que en la cuenta de la falcidia se ha de hacer la estimación del precio de las cosas con arreglo a la verdad. Y repite lo mismo en otro pasaje (D. 35. 2. 62. 1, lib. I ad leg. Iul. et Pap.): si hay algunas cosas corporales en los bienes del difunto, tendrán que ser estimadas conforme a la verdad de la cosa, esto es, según el precio presente y no según el precio formal.

Así, los esclavos que están en poder de los enemigos, que volvieron después de la muerte del testador, hacen más rica la herencia, por lo que se refiere a la Ley Falcidia, según este jurista Ulpiano (D. 35.2.43, lib. 19, ad. Ed.).

Por otra parte, afirma Ulpiano (D. 35. 2. 47 pr, lib. 79, ad. Ed.) que la Ley Falcidia, si procede, se aplicará a todas las pensiones (o rentas), de forma que, si se dejó una renta anual, mientras no se aplique la Ley Falcidia (*quamdiu Falcidia nondum habet locum*), se dará íntegra, pero si llegare un año en que se dé de más, con infracción de la Ley Falcidia, entonces se disminuirán retroactivamente todos los legados de cada año. Por otra parte, si se trata del heredero fideicomisario (al que se le restituye la herencia), afirma Ulpiano, nunca se le aplicará el beneficio de la Ley Falcidia (D. 35. 2. 47. 1., lib. 79, ad. Ed.). Como veremos más adelante, es al *heres scriptus* –el

que debe restituir la herencia— al que por virtud del SC Pegasiano correspondería la cuarta Falcidia.

Además, según Ulpiano (D. 35. 2. 70, lib. 16 ad Sab.), la estipulación de la Ley Falcidia produce su efecto inmediatamente en cuanto que se cumpla la condición o la deuda. Pero, según este mismo jurista (D. 35. 2. 66, lib. I ad leg. Iul. et Pap.), en cuanto a la Ley Falcidia se ha de observar que si se legaron diez bajo condición o para cierto día, si la condición se verificó después de diez años, no se consideran legados diez, sino menos de diez, porque el intervalo de tiempo y los intereses de este espacio intermedio hacen menor la cantidad de diez.

La forma de lograr que al heredero le corresponda la cuarta parte y de que, a la vez, se repartan los legados, consiste en pedir una caución o garantía al legatario, de que devolverá lo que se estime que tomó de más. Esto ya lo hemos encontrado en otros juristas, pero lo describe también Ulpiano (en D. 35. 3. 1, lib. 79 ad Ed.): si a alguno se le legara más de lo que le fuere lícito, y con justicia se dudase, si tendría o no lugar la aplicación de la Ley Falcidia, entonces el pretor auxilia al heredero para que el legatario le dé fianza, de que si resultase que él recibió a título de legado más de lo que le fuere lícito adquirir, dará tanto dinero cuanto valiere aquella cosa, y de que está exento de dolo.

Y respecto al procedimiento nos informa Ulpiano (D. 35. 3. 6, lib. 79 ad Ed) que cuando tiene lugar la falcidia se suele llamar a un árbitro para que haga la computación aunque sea poco lo que se reclame (*modicum fideicommissum*), para que la computación no perjudique a los que no fueron remitidos al árbitro.

Y añade Ulpiano que el heredero suele advertir también a los demás fideicomisarios para que comparezcan ante el árbitro y allí ejerciten su derecho, y la mayoría de las veces, también a los acreedores, para que prueben la deuda, pero por esta misma razón respecto a los legatarios y también a los fideicomisarios, debe ser oído el heredero para que, ofreciendo íntegro lo que se le dejó, sea protegido mediante estipulación.

Se trata de la caución que mencionan casi todos los juristas, también Gayo, como veremos más adelante. Se entiende que los legatarios y fideicomisarios prometen que restituirán cuanto recibieron de más por aplicación de la Ley Falcidia. En efecto, como dice también Ulpiano (D. 35. 3. 8, lib. 79 ad Ed), apoyándose en Juliano, aquel al que se legó una cuarta parte bajo condición, y tres cuartos puramente, debe dar caución de que devolverá cuanto recibió más de lo que por la Ley Falcidia le sea lícito.

Esta estipulación, explica Ulpiano (D. 35. 3. 9, lib. 79 ad Ed), tiene lugar porque, aunque se puede repetir lo que se pagó, puede suceder, sin embargo, que no sea solvente aquel al que se pagó y se pierda lo pagado. La misma estipulación se dará cuando se trate de donaciones *mortis causa*, según afirma este mismo jurista (D. 35. 3. 10, lib. 79 ad Ed).

Y describe Ulpiano (D. 35. 3. 11 lib. 79 ad Ed) literalmente las palabras de la estipulación. Se promete “lo que a título de legado hubieres percibido más, de lo que por Ley Falcidia es lícito adquirir”, que comprende no solo la devolución de una parte del legado, sino que también puede comprender incluso la totalidad. Porque, afirma Ulpiano, se ha de saber que a veces la Ley Falcidia revoca parte de lo que se dio, y a veces la totalidad, ya que cuando, formada la cuenta de las deudas, se calcula la falcidia, muchas veces surge una deuda o se cumple la condición de una deuda y se agota la totalidad de lo que se legó. Por otra parte, esta caución va acompañada de la cláusula de dolo, de forma que el promitente podía ser repelido con la réplica –por parte del heredero, que, como hemos visto, también menciona Papiniano– de que actuó con dolo. Y además, la mencionada caución que se interpone por causa de la Ley Falcidia, afirma Ulpiano (D. 35. 3. 3 pr y 1, lib. 79 ad Ed), comprende la presentación de fiadores.

Por otra parte, esta caución va acompañada de la cláusula de dolo, de forma que el promitente podía ser repelido con la réplica –por parte del heredero, que, como hemos visto, también menciona

Papiniano— de que actuó con dolo. Y además, la mencionada caución que se interpone por causa de la Ley Falcidia, afirma Ulpiano (D. 35. 3. 3 pr y 1, lib. 79 ad Ed), comprende la presentación de fiadores.

VI. 6. El cómputo de la Ley Falcidia según Gayo

Según Gayo, la cuantía del patrimonio hereditario se estima con deducción también de todo lo que se gasta para verificar las ventas (D. 35. 2. 72, lib. 3 de leg. ad Ed. Praet.). Y para averiguar la cuantía del patrimonio se atenderá al tiempo de la muerte, y, por tanto, de nada aprovecha a los legatarios que antes de la aceptación de la herencia se agreguen a ella los esclavos, o los partos de las esclavas de la herencia, o las crías de ganado: si es necesario, se detraerá de los legados la cuarta parte (D. 35. 2. 73 pr, lib. 18 ad Ed. prov.).

Y expone Gayo una importante cuestión dudosa (*magna dubitatio fuit...*). Se pregunta si lo que se debe bajo condición, cuyo cumplimiento está pendiente a la muerte del causante, se debe contar entre los bienes del estipulante, o entre los bienes del que prometió. Responde Gayo (D. 35.2.73,1, lib.18 ad Ed. prov.) que se habrá de agregar a los bienes del estipulante y se deberá deducir de los bienes del promitente la cantidad en que se pueda vender la esperanza de obligación (*spes obligationis*). Otra solución sería, según Gayo, dar cauciones de que se hará una de estas dos cosas: incluirla en la cuenta considerando que se debe puramente, o considerando que nada se debe. Después, añade Gayo, los herederos y legatarios se prometerán entre sí mediante estipulación que, cuando se cumpla la condición, o el heredero dará cuanto hubiese pagado de menos, o los legatarios restituirán cuanto hubiesen conseguido de más.

Y si hay algunos legados establecidos puramente y otros bajo condición, dice Gayo (D. 35. 2. 73, 2, lib.18 ad Ed. prov.) que usualmente se pagan los legados puramente, como si no hubiese algunos bajo condición, pero los legatarios deberán dar caución de

que restituirán, cuando se cumpla la condición, lo que hubiesen recibido de más.

Otro caso distinto, afirma Gayo (D. 35. 2. 73, 4, lib. 18 ad Ed. prov.), es el de los legados sometidos a término, porque éstos son debidos de todos modos, tanto al mismo legatario como a sus herederos. Pero en este caso se deben deducir de los bienes descontando cuanto el heredero se lucró con los frutos e intereses hasta que llega el término.

Y afirma el jurista que, entonces, lo que ciertamente es mejor es que el testador inmediatamente desde el principio distribuya los legados de modo que no excedan de las tres cuartas partes. Y si alguno excediere de los tres cuartos, se disminuya *per legem ipso iure* en proporción (D. 35. 2. 73, 5, lib. 18 ad Ed. prov.). En este pasaje pone como ejemplo Gayo que, si se tratase de una herencia de 400, con legados por esa misma cuantía, se les detraerá a los legatarios una cuarta parte, y la octava parte, si se hubiesen repartido legados por 350. Pero si teniendo 400 hubiese legado 500, se deducirá primero la quinta parte y luego la cuarta, porque antes ha de deducir lo que está fuera de la cuantía de los bienes.

Por otra parte, según Gayo (D. 35. 2. 74, lib. 3 de leg. ad Ed. Praet.), la cuarta parte necesariamente se refiere a los bienes que se recibieron por herencia y no lo que el heredero recibió de otro coheredero a título de legado.

Y lo que se recibe por un coheredero o un legatario para cumplir una condición o se dio al que fue liberado bajo condición, no se computa en la falcidia porque se adquiere por causa de la muerte. Por esa razón, dice Gayo, se entiende que los legados que los legatarios no adquieren permanecen por derecho hereditario (*hereditario iure*) en poder de los herederos y deben ser computados en la cuarta parte (D. 35. 2. 76 pr y 1, lib. 3 de leg. ad Ed. Praet.).

Es especialmente relevante una afirmación de Gayo que se encuentra en D. 35. 2. 77, lib. 18 ad Ed. prov.: no hay duda de que la cuenta de la Ley Falcidia debe formarse respecto de cada heredero.

Y a continuación pone un ejemplo: si instituidos herederos Ticio y Seyo se agotó toda la mitad de la herencia que correspondía a Ticio, pero a Seyo le quedaba la cuarta parte de los bienes, le compete a Ticio el beneficio de la Ley Falcidia (*beneficium legis Falcidia*). Este pasaje nos demuestra con toda claridad que la cuarta parte que, *ex lege Falcidia*, correspondía al heredero se repartía entre tantos como hubiese instituido el testador. Pero la institución de heredero es totalmente libre, esto es, la parte legítima o establecida *ex lege* corresponde a el o los herederos, hijos o extraños, cualesquiera que estos fuesen, instituidos en el testamento.

El ejemplo concreto de Ticio y Seyo lo vuelve a repetir Gayo como principio general en D. 35. 2. 78, lib. 3 de leg. ad Ed. Praet. urb.: si faltase uno de los dos herederos se hará de la cuenta de la falcidia por separado, esto es, si los legados agotan la parte del heredero que subsiste (faltando el otro), se imputarán los legados a la parte vacante aunque no hubiese sido gravada con legados. Pero también, añade, respecto a la parte vacante, se hará la cuenta de la falcidia.

Por otra parte, existen legados indivisibles, como afirma Gayo en D. 35. 2. 80, 1, lib. 3 de leg. ad Ed. Praet., como son el legado de vía, de paso, o de conducción, que no pueden pertenecer a nadie en parte. Y también si se manda al heredero hacer una obra para los integrantes del municipio se considera indivisible el legado, pues no se entiende que hizo baño alguno, o teatro o estadio, el que no le hubiera dado la forma propia que resulte de la terminación. En todos estos legados, aunque sean muchos los herederos, está cada uno de éstos obligado por la totalidad y pertenecen íntegramente al legatario. Pero al heredero se le puede amparar con la denuncia al legatario, de que, estimado el legado, deberá pagar parte de la estimación, y si no pagase, tendría el heredero contra él la excepción de dolo malo.

Pero tratándose de un legado de usufructo, afirma Gayo (D. 35.2.81, lib.18 ad Ed. prov.), es admisible la división y se comprende en la computación de la Falcidia, de forma que si se legó a dos el

usufructo, *ipso iure* le corresponde a cada uno su parte. En cambio, el legado de dote queda excluido de la Ley Falcidia, porque se considera que la mujer recibe una cosa suya, afirma Gayo, y también quedan fuera de la tasa la ley (*extra modum legis*) las cosas compradas y preparadas para la mujer.

VII. Bibliografía

ARIAS BONET, J. A. (1950). “Mortis causa captiones”. En *AHDE*, N° 20.

BARRIO GALLARDO, A. (2012). *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson.

BONIFACIO, F. (1948). *Ricerche sulla “Lex Falcidia de legatis”*. Nápoles: Jovene.

CASSISI, S. (1949). *L’editto di Verre e la lex Voconia*. AUCT: Catania.

DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. (2009). *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO SERRANO, J. (2016). *Fundamentos de derecho privado romano*. Madrid: Marcial Pons.

FRANCIOSI, G. (1973). “Lex Falcidia”, “SC Pegasianum” e disposizioni a scopo di culto, *Studi in memoria di G. Donatuti I*. Milán: Cisalpino.

FUENTESECA, M. (2016). “La mancipatio familiae o el negotium testamenti ordinandi gratia”. En *SCDR*, XXIX.

FUENTESECA, P. (2009). “Historia del Derecho romano”. En *Estudios de Derecho Romano*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

GARCÍA DEL CORRAL, I. (1988). *Corpus Iuris Civilis*. Tomos I, II, IV y VI. Valladolid: Lex Nova.

HERNÁNDEZ TEJERO, F. (1985). *Instituciones de Gayo*. Civitas: Madrid.

LALINDE ABADÍA, J. (2001). *Derecho Histórico español*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.

LÓPEZ RENDO, C. (1991). *Fundamento de la Regla “Sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi en el Ius Civile”*. Oviedo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.

MANNINO, V. (1981). “*Cervidio Scevola e l'applicazione della "Falcidia" ai legati fra loro connessi*”. En *BIDR*, N° 23.

MASCHI, C. A. (1967). *La solennità della heredis institutio nel diritto romano*. Milán: Giuffrè.

ORTUÑO PÉREZ, M. A. (2015). *Contribuciones al Derecho Romano de Sucesiones y Donaciones*. Madrid: Dykinson.

SAMPER, F. (1971). “*Pars debita en el derecho romano vulgar*”. En *SDHI*, N° 37.

SANFILIPPO, C. (1937). *Studi sull' hereditas*. Palermo: AUPA.

SANGUINETTI, A. (1996). *Dalla “querela” alla “portio legitima”*. Modena: Giuffrè.

SUÁREZ BLÁZQUEZ, G. (1999). *Derecho procesal civil de legítimas*. Orense: Universidad de Vigo.

VISMARA, G. (1938). *Appunti intorno alla heredis institutio*. Milán: Giuffrè.

IX. Fuentes

IX. 1. *Gai Institutionum*

Gai. 2. 117; Gai. 2. 157; Gai. 2. 224; Gai. 2. 22; Gai. 2. 227; Gai. 2. 229; Gai. 4. 23.

IX. 2. *Corpus Iuris Civili*

Digesto

D. 35. 2. 1. 5; D. 35. 2. 1. 7; D. 35. 2. 1. 10; D. 35. 2. 1. 11; D. 35. 2. 1. 12; D. 35. 2. 1. 14; D. 35. 2. 1. 15; D. 35. 2. 1. 16; D. 35. 2. 1. 17; D. 35. 2. 1. 18; D. 35. 2. 1. 19; D. 35. 2. 3. 2; D. 35. 2. 4; D. 35. 2. 5; D. 35. 2. 7; D. 35. 2. 8; D. 35. 2. 11, pr 8; D. 35. 2. 12; D. 35. 2. 14; D. 35. 2. 15; D. 35. 2. 15. 1; D. 35. 2. 15. 8; D. 35. 2. 16, pr; D. 35. 2. 19; D. 35. 2. 23; D. 35. 2. 25, pr; D. 35. 2. 26, pr; D. 35. 2. 27; D. 35. 2. 30, pr; D. 35. 2. 30. 1; D. 35. 2. 30. 2; D. 35. 2. 30. 3; D. 35. 2. 30, 4; D. 35. 2. 30, 5; D. 35. 2. 30, 6; D. 35. 2. 30, 8; D. 35. 2. 32, pr; D. 35. 2. 32. 3; D. 35. 2. 32. 4; D. 35. 2. 32. 5; D. 35. 2. 33; D. 35. 2. 33, pr; D. 35. 2. 33. 1; D. 35.

2. 33. 2; D. 35. 2. 39; D. 35. 2. 42; D. 35. 2. 43; D. 35. 2. 47, pr;
D. 35. 2. 47. 1; D. 35. 2. 62. 1; D. 35. 2. 66; D. 35. 2. 70; D. 35.
2. 72; D. 35. 2. 73, pr; D. 35. 2. 73, 1; D. 35. 2. 73, 4; D. 35. 2.
73, 5; D. 35. 2. 74; D. 35. 2. 76, pr; D. 35. 2. 77; D. 35. 2. 78; D.
35. 2. 80, 1; D. 35. 2. 81; D. 35. 2. 120; D. 35.3.1; D. 35. 3. 3, pr;
D. 35. 3. 6; D. 35. 3. 8; D. 35. 3. 9; D. 35. 3. 11; D. 50. 16. 120

Instituta

I. 2. 22; I. 2. 22, pr; I. 2. 22. 1; I. 2. 22. 2; I. 2. 22. 3; I. 2. 22. 136

Códex

C. 6. 50; C. 6. 50. 2; C. 6. 50. 5; C. 6. 50. 6, pr; C. 6. 50. 6. 1; C.
6. 50. 6. 2; C. 6. 50. 7, pr; C. 6. 50. 16

Novelas

Nov. 1 Const. 1, praef. 2; Nov. 1, Const. 1, cap. 2. 1; Nov. 1,
Const. 1, cap. 4; Nov. 1, Const. 1, cap. 23

UFLO
UNIVERSIDAD

Lorem ipsum

El presente libro recupera las ponencias presentadas en el X Congreso de Principios Generales y Derecho Romano organizado por la Facultad de Derecho de UFLO Universidad y el Instituto de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina “Dr. Ángel Enrique Lapieza Elli” los días 27 y 28 de octubre de 2023.

El evento se realiza de forma anual en UFLO Universidad, donde reconocidos expertos tratan distintas aproximaciones a la problemática que los reúne.

