

ESTUDIO SOBRE

Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 4

Gustavo A. Abreu
Gabriela Marta
Alonsopérez
Mirta Beatriz Álvarez
Laura Bierzychudek
Daniel G. Bonjour
Airtón Franco
Calderón Palacios
María Victoria Cali
Elvira Méndez Chang
Luis Rodríguez Ennes
Susana Isabel Estrada
María Cristina Filippi

Juan Carlos Ghirardi
Germán Giarrocco
Rodrigo Leandro Guelar
Norma Alicia Juárez
Anabella Facciuto Kaed
Ana Vázquez Lemos
Laura Liliana Miceli
Marilina Andrea Miceli
Sebastian A.
Mieszkowski
José María Monzón
Patricia S. Mora
Gabriela Victoria Morel

Leticia Inés Núñez
María del Pilar
Pérez Álvarez
Norberto Darío Rinaldi
René Angulo Ríos
Julieta Salomé
Rodríguez
Mariana Verónica
Sconda

Universidad de Flores

Rectora

Arq. Ruth Fische

Facultad de Derecho

Decana

Dra. Cecilia Garau

Directora de la carrera de Abogacía

Dra. Julieta Rodríguez

2025.- 702 pág.; 15 x 23 cm.

ISBN: 978-987-710-130-0

DOI: 10.63790/978-987-710-130-0

Diseño de portada: María Cecilia Kowalewicz

Maquetación: María Cecilia Kowalewicz

Edición: Hernán Cortés

© Editorial de la Universidad de Flores, 2025

Octubre de 2025.

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. 4 / Gustavo Abreu ... [et

al.] ; Compilación de Mirta Beatriz Álvarez ; Norberto Darío Rinaldi. - 1a ed. -

Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad de Flores, 2025.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga

ISBN 978-987-710-130-0

1. Derecho Romano. I. Abreu, Gustavo II. Álvarez, Mirta Beatriz, comp. III. Rinaldi, Norberto Darío, comp.

CDD 340.09

Índice

Prólogo	9

Norberto Darío Rinaldi

Crónica del XI Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano	12

Mirta Beatriz Álvarez

Conferencias

El <i>nasciturus</i> y la interrupción voluntaria del embarazo	16

Juan Carlos Ghirardi

El <i>ius fetiale</i> en el derecho romano	33

Elvira Méndez Chang

El largo recorrido de Roma desde sus oscuros orígenes a su eclosión como imperio globalizador	83

Luis Rodríguez Ennes

Ponencias

Los juegos de gladiadores: desde el rito funerario hasta el espectáculo imperial y las reformas de Augusto 121

Gustavo A. Abreu

Quintiliano, la oscuridad del lenguaje jurídico y su impacto en las sentencias judiciales 155

Gabriela Marta Alonsopérez

El valor del silencio en relación a la aceptación de la herencia de Roma a la actualidad. Análisis de un fallo y de los cambios introducidos por el Código Civil y Comercial de la Nación 190

Mirta Beatriz Álvarez

La protección de la confianza 209

Laura Bierzychudek

La *stipulatio* por representación en el derecho romano justiniano 226

Airton Franco Calderón Palacios

El principio de la autonomía de la voluntad en los actos de disposición sobre el propio cuerpo 257

Susana Isabel Estrada

***Imperium, potestas y auctoritas* en el libro VI del *De re publica* de Marco Tulio Cicerón** 290

Anabella Facciuto Kaed

**La inspección ocular en el derecho romano
y su recepción en la actualidad 310**
María Cristina Filippi

**La influencia de Roma y el derecho romano
en Nicolás Avellaneda 333**
Germán Giarrocco

**El derecho bizantino entre las dinastías justiniana
y macedónica (siglos VI a X). La *Ecloga* 341**
Rodrigo Leandro Guelar

**Desterrados, migrantes y desplazados: una mirada
a través del tiempo de los obligados a dejarlo todo 352**
Norma Alicia Juárez y Soledad Andrea Peralta

Ultractividad del derecho romano, delitos y cuasidelitos ... 391
Marilina Andrea Miceli (directora), Daniel G. Bonjour, Leticia Inés
Núñez (investigadores), René Angulo Ríos y María Victoria Cali
(alumnos colaboradores)

**Los principios económicos y sociales surgidos
y aplicados en el Imperio romano para afrontar
periodos de crisis 406**
Laura Liliana Micieli

**Revoluciones tecnológicas en el ámbito notarial:
del derecho romano a la era *blockchain* 421**
Sebastian A. Mieszkowski

**Una revisión de la relación entre Constantino
y el cristianismo 446**
José María Monzón

**La importancia de las formaciones
precívicas en la conformación del poder.
El caso de la *gens* en Roma 488**
Patricia S. Mora

**Antecedentes en la antigua Roma de la regla
indemnizatoria en la expropiación forzosa..... 508**
Gabriela Victoria Morel

***Compensatio es debiti et crediti inter se contributio:*
del derecho romano al Código Civil español 527**
María del Pilar Pérez Álvarez

**El agua como derecho humano:
evolución de su protección, jurisprudencia
y problemáticas actuales 563**
Julieta Salomé Rodríguez

***¿Dominium o proprietas?: desde su origen
y evolución en el derecho romano hasta
su recepción en la legislación argentina 606***
Mariana Verónica Sconda

**El usufructo viudal en Roma: formas de constitución
y pérdida por segundas nupcias 662**
Ana Vázquez Lemos

Prólogo

Por Norberto Darío Rinaldi

El presente volumen contiene los trabajos presentados en el XI Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano, celebrado a fines de octubre del 2024, por los profesores y especialistas que se convocaron para participar en el mismo.

Se trata de una publicación realizada en formato digital con el objetivo de facilitar la difusión de su contenido y dirigida principalmente a juristas abocados a la especialidad del derecho romano y a la filosofía del derecho, aunque también puede interesar a profesores y alumnos aventajados de cualquier rama de la ciencia jurídica.

En los tiempos que corren se advierte que resulta imprescindible abandonar la vieja costumbre de limitar el aprendizaje y la investigación jurídica a través de los tradicionales manuales y tratados generales y volcarse cada vez más a buscar auxilio en trabajos monográficos que aborden temas puntuales y permitan desarrollar aspectos muy específicos de cada institución.

Es en búsqueda de esos objetivos científicos que se promovieron hace ya algún tiempo los congresos y encuentros de derecho romano que atrajeron desde sus comienzos a numerosos especialistas. La participación inicial, limitada en un principio a autores argentinos, se

fue ampliando a juristas reconocidos de América y otros continentes, como se puede advertir en estas páginas. También, principalmente a través de los principios generales, fueron incluidos temas sobre diversos aspectos de la ciencia jurídica, y en la actualidad podemos brindar en este volumen monografías, ensayos y conferencias de las más diversas ramas del saber jurídico contemporáneo, unidas por su dependencia histórica y esencial de la raíz común de todo el sistema jurídico mundial que, con pocas excepciones, es el derecho romano, vigente hasta el siglo que transitamos. Todo ello puede comprobarse a través del estudio comparado de la legislación moderna y torna imprescindible que en las universidades y escuelas de derecho de todo el mundo se enseñen e investiguen las obras clásicas como el Digesto, el Código, las Novelas, las *Institutas* y todo el importante legado proveniente de la riquísima tarea de los juristas romanos.

Desde los primeros Congresos de Derecho Romano y Principios Generales celebrados a partir de los inicios del siglo veintiuno se dispuso que, como una forma de guardar para los tiempos futuros la riqueza de la labor jurídica evidenciada en los mismos, se publicaran los textos originales que cada participante aportó sin resumirlos ni comentarlos.

Se encuentran a disposición de los lectores en las páginas que siguen los 24 trabajos aportados por los participantes en el mencionado Congreso celebrado los días 25 y 26 de octubre del 2024. Lo que prologamos contiene, indistintamente, contribuciones y ponencias referidas al derecho romano privado y público y su vinculación con los principios generales del derecho; acotaciones e investigaciones sobre el aporte histórico de figuras tan diversas como Quintiliano y Constantino; y la insospechada influencia directa e indirecta que juristas y personajes del mundo romano y aquellas teorías antiguas ejercieron sobre políticos y juristas modernos.

Indudablemente revisten especial importancia los contenidos de las conferencias brindadas por tres juristas de renombre mundial que engalanan este volumen.

El profesor argentino Dr. Juan Carlos Ghirardi, jurista de larga trayectoria, presidente emérito de la Asociación de Derecho Romano de Argentina (ADRA) y autor de muchos libros, ponencias, conferencias, ensayos y monografías sobre derecho romano, nos regala su aporte sobre un tema que ha merecido amplia atención en nuestra bibliografía, con el título de “El *nasciturus* y la interrupción voluntaria del embarazo”.

A continuación, y como lo hace año tras año, el reconocido jurista español Luis Rodríguez Ennes, profesor de la Universidad de Vigo (España) y doctor *honoris causa* de UFLO Universidad, nos ha regalado su investigación sobre el derrotero de la histórica ciudad nacida en la ribera del Tíber, su desarrollo y, finalmente, su conclusión como un gigantesco imperio en la conferencia titulada “El largo recorrido de Roma desde sus oscuros orígenes a su eclosión como imperio globalizador”.

Finalmente, también obra en estas páginas el texto de la conferencia dada por la profesora Elvira Méndez Chang, que como siempre a través de su continua presencia en los Congresos cuyas actas se encuentran reseñadas en publicaciones como éstas, da muestras de su especialización en su colaboración sobre “El *ius fetiale* en el derecho romano”.

Queda entonces a disposición de los lectores esta valiosa recopilación de literatura jurídica del tercer decenio del siglo veintiuno, que aconsejamos atesorar debidamente, y donde se demuestra, una vez más, la supervivencia, a través de especialistas modernos, de las ideas y esfuerzos del genio creador de los juristas romanos.

Crónica del XI Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano

Por Mirta Beatriz Álvarez

Los días 25 y 26 de octubre de 2024 se celebró, de manera presencial y virtual, el XI 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 presidida por la decana de la Facultad de Derecho, Mg. Cecilia Garau, se leyó la salutación del profesor Luis Rodríguez Ennes, de la Universidad de Vigo (España) y doctor *honoris causa* por UFLO Universidad, quien no pudo conectarse pero envió el texto de su conferencia titulada “El largo recorrido de Roma desde sus oscuros orígenes a su eclosión como imperio globalizador” para su publicación.

La conferencia inaugural iba a ser pronunciada en forma presencial por el profesor Patricio Carvajal Ramírez, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, que tuvo que regresar del aeropuerto por una emergencia familiar.

El equipo de investigación de UFLO Universidad abrió las sesiones de trabajo con seis ponencias presentadas por los diversos integrantes del proyecto.

Como cierre de la primera jornada, el doctor Juan Carlos Ghirardi, de la Universidad Nacional de Córdoba y presidente emérito de Asociación de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA), disertó, de forma virtual, sobre el tema “El *nasciturus* y la interrupción voluntaria del embarazo”.

Promediando la segunda jornada tuvo lugar la conferencia a cargo de la profesora Elvira Méndez Chang, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de manera virtual, sobre el tema “El *ius fetiale* en el derecho romano”.

Se expusieron y debatieron más de cuarenta ponencias de alto nivel, presentadas por profesores de distintas áreas del derecho (romanistas, historiadores, de filosofía y de teoría del derecho) provenientes de distintos puntos de nuestro país 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 además de UFLO Universidad, de la Universidad del Salvador y de la Universidad Kennedy. La asistencia fue muy numerosa, tanto de profesores como de alumnos, donde hubo más de 80 inscriptos.

Asistieron profesores de las siguientes universidades del país: UFLO, de Buenos Aires, del Salvador, Kennedy, Abierta Interamericana, Austral, Católica Argentina, de Morón, Nacional de José C. Paz, de San Isidro, de Belgrano, Nacional de Córdoba, Católica de Córdoba, Nacional de Tucumán, Nacional de La Rioja, Nacional de La Plata, Nacional de Lomas de Zamora, Católica de La Plata, Católica de Santiago del Estero, Católica de Salta. También participaron profesores de la Universidad de Oviedo, de la Universidad de Burgos, de la Universidad Autónoma de Madrid, de la Universidad de Vigo, de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla, todas ellas de

España, y de la Pontificia Universidad Católica de Perú y de la Universidad Católica de Temuco (Chile).

Estuvieron presentes la presidente actual 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 y, en forma virtual, participaron dos presidentes eméritos de ADRA, 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 Dino Berdini (Universidad Nacional del Sur), José Carlos Costa (UBA, USAL, Universidad de Belgrano), Alfredo Gustavo Di Pietro (Universidad Nacional de José C. Paz y Católica de Temuco), 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 Micie-li (Universidad Nacional de La Rioja), Néstor Alberto Raymundo (UCA y Universidad Nacional de Lomas de Zamora) y Claudia Alicia Rezek (Universidad Nacional de Lomas de Zamora).

El Comité Organizador estuvo integrado por las profesoras Mirta Beatriz Álvarez, Mariana Verónica Sconda, Julieta Salomé Rodríguez y Gabriela Victoria Morel, 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 de la Universidad

Católica de Córdoba “Dr. Agustín Díaz Biale” y de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, con el auspicio académico de la Coordinación de Institutos y Actividades Académicas del Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal y del Rectorado de la Universidad Católica de Córdoba y la declaración de interés académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.

Durante el transcurso del Congreso se presentó, en formato electrónico, el libro *Estudio sobre Principios Generales y Derecho Romano. Volumen 3*, editado por UFLO Universidad, con los trabajos presentados en el X Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano de 2023.

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

El *nasciturus* y la interrupción voluntaria del embarazo¹

Por Juan Carlos Ghirardi²

I. Introducción

Desde el derecho romano, y aún hasta hoy, se ha debatido acerca de la naturaleza de quien está por nacer. Un tema que es todavía, más que nunca podríamos decir, materia de discusión desde la óptica de la doctrina, y en el ámbito de los poderes legislativo y judicial.

¿El *nasciturus* es persona? Y, si así fuere, ¿todo embrión fecundado constituye ya un *nasciturus*? De lo contrario, ¿cuándo ese embrión comienza a ser persona? ¿Desde la fecundación? ¿Desde su implantación en la pared del útero? ¿A partir de un cierto tiempo contado desde la concepción, o directamente enseguida después de ésta?

¹ Basado en una investigación dirigida por el suscripto que fue publicada bajo la forma de libro, titulado *El nasciturus y el derecho a la vida* (Editorial Académica Española), en agosto de 2013.

² Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Romano de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador Categoría I. Presidente emérito de ADRA.

El asunto ha sido materia de enconadas discusiones. Recordemos que el Código de Vélez Sarsfield consagraba³ la figura de la “persona por nacer”, cuya existencia comenzaba a partir del momento mismo de su concepción en el seno materno.⁴ Por cierto, el aborto era tipificado como un ilícito punible.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación repite textualmente el mismo principio: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”, y agrega que esta calidad se consolida definitivamente de producirse el nacimiento con vida. Si esto no ocurre, debe considerarse que jamás existió persona.⁵

En virtud de esta última condición resolutoria es, por ejemplo, que un feto nacido muerto no tiene identidad, no se registra su nacimiento, será siempre un “NN”. Y un embrión fecundado, técnicamente una persona, puede ser desechado sin reproches. Jamás será persona, porque no va a nacer.

Existen dos posiciones doctrinarias que todos conocen. De acuerdo a una de ellas, el concebido no nacido es diferente de la entraña materna en la que está alojado, tiene vida e identidad propias, y está destinado luego de nacer a transformarse en una persona absolutamente idéntica, en cuanto a sus derechos, a la madre que lo dio a luz.

Conforme la otra, esa diferenciación no existe. El feto es parte del cuerpo de la madre y ella puede hacer con él lo que quiera, incluso destruirlo sin que se viole el principio del *alterum non laedere*, porque no existiría tal *alter* al que dañar.

No voy a abundar aquí en argumentos en favor ni de una ni de otra doctrina, es un tema sobre el que, creo, jamás habrá acuerdo. La finalidad de este trabajo es otra.

¿Qué busco entonces? Simplemente exponer el problema desde

³ Arts. 63 a 69 inclusive.

⁴ Art. 70.

⁵ Arts. 19 y 21.

sus orígenes en Roma, siguiendo un método descriptivo, intentar narrar cuál fue la consideración jurídica que tuvo en ese entonces el *nasciturus*. Para referirme luego a la, en nuestro país vigente, ley de interrupción voluntaria del embarazo que ha zanjado desde el punto de vista jurídico la discusión.

Por ahora.

II. El derecho romano

El Digesto del emperador Justiniano dedica el título quinto del libro primero al “estado de los hombres”, el cual se inicia con un fragmento de la Instituta de Gayo: “Todo el derecho que usamos se refiere a las personas, a las cosas o a las acciones”.⁶ El fragmento siguiente, tomado de Hermogeniano, consagra: “Así pues, como todo derecho haya sido constituido por causa de los hombres, trataremos primero del estado de las personas”.⁷

Aquí hay que resaltar una primera cuestión que surge de lo expuesto: el destinatario último del derecho es el hombre, por causa del cual todo él ha sido creado, como reza otro fragmento. Ciertamente que también alude a las cosas y las acciones, pero en tanto y en cuanto ellas se vinculen a los humanos. Entonces, es fundamental determinar quiénes resultan jurídicamente personas cosa que, si dejamos de lado la cuestión de la esclavitud, nos conduce directamente a intentar desentrañar la naturaleza jurídica del ser humano concebido, pero aún no nacido.

Ahora bien, la existencia de la persona se desarrolla entre el nacimiento y la muerte, pero mientras esta última es instantánea,

⁶ D. 1. 5. 1.

⁷ D. 1. 5. 2.

se deja de vivir de un momento para otro sin importar lo largo y penoso que haya sido el proceso, el primero está precedido de una especie de limbo, que arranca en la concepción y se prolonga durante todos los meses de gestación. La pregunta que surge espontáneamente es: ¿este ser humano que se está gestando es ya persona o todavía no?

Evidentemente tiene una dependencia absoluta con respecto a la madre, al punto que hasta que se encuentre maduro para nacer no puede seguir viviendo fuera del cuerpo de ésta, pero los romanos jamás se preocuparon por disquisiciones teóricas, simplemente abordaban los problemas concretos que se iban presentando. Tal el caso de la *lex Iulia de maritandis ordinibus*,⁸ la *lex Pappia Poppaea*,⁹ del senadoconsulto Tertuliano, o de la agnación de los hijos póstumos.

Las dos primeras trataban de favorecer el matrimonio y la procreación, estableciendo penalidades económicas para quienes no se casen, o si habiéndolo hecho no tenían hijos. En tiempos de Adriano, el senadoconsulto Tertuliano llamó a la madre a la herencia del hijo, con independencia del vínculo agnaticio, si siendo ingenua tuviese tres hijos y si liberta, cuatro, siempre que el hijo hubiere muerto sin dejar a su vez hijos o hermanos consanguíneos. Además, como los descendientes nacidos después de la muerte del causante, que de haberlo hecho antes hubieran estado sometidos a su potestad, pertenecían también a la categoría de los *sui*,¹⁰ la omisión de instituirlos o desheredarlos generaba la invalidez del testamento.¹¹

En todos estos casos era imprescindible determinar si el nacimiento con vida había existido, como lo expresa Ulpiano en un pasaje extraído de su comentario a la *lex Iulia et Pappia Popaea*, donde

⁸ Año 18 a. C.

⁹ Año 9 d. C.

¹⁰ Ulpiano, 22. 15, 58.

¹¹ Ulpiano, 22. 16, 18, 19.

afirma que “los nacidos muertos no son considerados nacidos, ni procreados, porque nunca pudieron ser llamados hijos”.¹²

Si analizamos el derecho romano veremos que muchos jurisconsultos han sostenido que, antes del nacimiento, no se estaba sino en presencia de una *pars mulieris*¹³ o de una “cosa inexistente”,¹⁴ y que si de alguna protección gozaba el *nasciturus*, lo era para beneficio del *pater* o, en el mejor de los casos, se trataba de una reserva de derechos para el caso del nacimiento con vida, momento a partir del cual recién podía ser considerado como titular de ellos.¹⁵

Existe un pasaje en las Institutas de Gayo en el que se habla del legado de cosas futuras, que textualmente expresa: “Se puede también *legar per damnationem* una cosa que no existe, siempre que pueda existir en el futuro, como por ejemplo, los frutos que nacerán en tal fundo o lo que nacerá de tal esclava”.¹⁶ Olvidemos por un momento la calificación de “cosa”, dado al hijo de una esclava, y concentrémonos en el espíritu del texto: un *nasciturus* puede ser legado, sería una cosa dentro del comercio. Aunque claro, ello está sujeto a una condición resolutoria, que llegue a nacer.

Ahora bien, Pomponio también se ocupa del caso de la esclava embarazada y al respecto sostiene que: “El parto que aún no ha sido dado a luz no se dice con razón que sea un hombre”. No parece que el jurisconsulto pretenda negar la humanidad del feto, sino simplemente señalar que, en tanto no se produzca el nacimiento, no se está en presencia de un nuevo esclavo, y en este sentido usa la palabra *homo*, como sucede en otros sitios. Esto se reitera en otros fragmentos del Digesto.¹⁷

¹² D. 50. 16. 129.

¹³ D. 25. 4. 1. 1.

¹⁴ Gayo, 2. 203.

¹⁵ D. 1.5. 26.

¹⁶ Gayo, 2. 203.

¹⁷ D. 44. 2. 7. 3.

Y, por su parte, Ulpiano sostiene lapidariamente que:¹⁸ “El parto (feto) antes que se dé a luz, es parte de la mujer o de sus entrañas”.

Ahora bien, a partir de estas ideas, vendría la pregunta: ¿si el feto es parte de la entraña materna, es lícito destruirlo, o dicho de otra manera abortar?

No es posible dar una respuesta uniforme, dada la gran extensión de tiempo durante el cual el derecho romano estuvo vigente y evolucionando. Entonces, voy a intentar dividir la respuesta.

En los primeros tiempos la familia romana era una unidad cerrada, organizada en torno a la figura del *pater*, que tenía poderes omnímodos que llegaban a poder dar muerte a un hijo.¹⁹ En consecuencia, sí le era permitido matar impunemente al hijo ya nacido y sometido a su potestad, de la misma manera tenemos que inferir le era lícito interrumpir el embarazo de su esposa, de su hija bajo potestad, o de quien estuviese en lugar de hija suya. También podía, ciertamente, hacer abortar a su esclava, en tanto el hijo que estuviese gestando se convertiría al nacer en un nuevo esclavo de su propiedad, ya que con eso no estaba haciendo otra cosa que disponer de lo que le pertenecía.

Ahora bien, ya desde antiguo esta facultad fue siendo limitada,²⁰ hasta que Constantino la prohibió directamente²¹ llegando a castigar muy severamente a quien osara hacer uso de ella en el futuro.²²

Eso en relación a los poderes del padre, pero aparte de las causas naturales, la interrupción de un embarazo podía provenir de una persona que no fuese éste, ya fuere la mujer embarazada o un tercero. En estos casos, el derecho romano no se mantuvo ajeno a la

¹⁸ D. 25. 4. 1. 1.

¹⁹ D. 1. 5. 5. 1 *in fine*; l. 1.3.4.

²⁰ D. 48. 8. 2; D. 11. 7. 35. 75 C. 8. 46. 10.

²¹ C. 8. 46. 10.

²² C. 9. 17. 1.

protección de la vida de ese ser que aún no había nacido. Así, en los tiempos del dictador Lucio Cornelio Sila, se dictó la *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, que sancionó penalmente a quien hubiese provocado el aborto de una mujer mediante la administración de alguna sustancia. Las penas no eran leves: el trabajo en las minas para los *humiliores*, el destierro y la confiscación parcial de bienes para los *honestiores*, aun cuando no hubiere mediado dolo.

Por su parte, los emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero dispusieron por rescripto que el marido podía obtener el reconocimiento del estado de embarazo de la esposa y la designación de *custodes* que la vigilaran, para impedirle cualquier acción contraria al nacimiento del hijo que estaba gestando.²³ Posteriormente, en virtud de un rescripto de Septimio Severo y Caracalla, se autorizó el castigo de la mujer que hubiese provocado su propio aborto, mediante el destierro temporal.²⁴ Justiniano, por su parte, autorizó al marido a repudiar a su mujer si ésta hubiese voluntariamente abortado.²⁵

Ahora bien, aunque de todas estas medidas resultaba una protección a la existencia del *nasciturus*, de los propios textos surge que su finalidad, fundamentalmente, no era específicamente ella. En efecto, el crimen *de veneficis* castigaba a quien atentaba contra la vida o la salud de la mujer embarazada; los rescriptos de Marco Aurelio y Lucio Vero y el de Septimio Severo y Antonino Caracalla encontraban su fundamento en el interés del padre. Por su parte, la Novela de Justiniano aludía a la tristeza del esposo y la privación de la esperanza del hijo: “Porque si la mujer estuviese dominada por tanta maldad, que también de intento procurara el aborto, y contristase al marido y le privara de la esperanza de hijos...”, reza el texto pertinente.

Sin embargo, de otros textos pareciera surgir lo contrario. Así,

²³ D. 25. 4. 1 pr.

²⁴ D. 47. 11. 4.

²⁵ Nov. 22. 16. 1.

en un pasaje atribuido a Ulpiano, se dice que “si constare que una mujer se hizo violencia en sus entrañas para abortar, el Presidente de la provincia la mandará a destierro”.²⁶ Como se ve, no hay aquí ya referencias a la salud de la mujer, ni a los derechos del padre, sino alusión al simple hecho del aborto, lo que demuestra la intención de sancionarlo por sí mismo. Parece entonces claro que, conforme esta línea de pensamiento, el bien jurídicamente tutelado es ahora la vida de la persona por nacer, seguramente por influencia del cristianismo. Obviamente a Ulpiano no puede tachárselo de cristiano, pero existen fuertes indicios en el sentido que el fragmento mencionado fue interpolado.

Existen por su parte numerosos fragmentos en los que se nota evidente la intención de proteger y asegurar el desarrollo normal del embarazo hasta el momento del nacimiento. Así, tenemos uno²⁷ que alude a cierto texto tomado de las leyes regias, por el cual éstas prohibían sepultar a la mujer embarazada antes que le fuese extraído el hijo, que textualmente expresa: “y el que hiciera lo contrario, se considera que con la embarazada mató la esperanza de que viviese aquél”.

Al mismo orden de ideas responde la suspensión de la ejecución de la pena de muerte para una mujer encinta, mientras no hubiese parido, según lo dispuso un rescripto de Adriano,²⁸ y la prohibición de que mientras tanto fuese sometida a eventual tortura.²⁹ No obstante estas disposiciones, claramente orientadas a mantener la vida del feto, parecieran no responder al interés de éste, sino a otro que se juzgaba superior. Así, leemos un fragmento en el Digesto³⁰

²⁶ D. 48. 8. 8. 85.

²⁷ D. 11. 8. 2.

²⁸ D. 1. 5. 18.

²⁹ D. 48. 19. 3.

³⁰ D. 37. 9. 1. 15.

conforme al cual “el niño no nace solo para el padre, sino también para la República”.

El hecho mismo de la concepción, aunque el nacimiento todavía no haya tenido lugar, tenía su relevancia en el aspecto jurídico. Así, a los fines de determinar si alguien reunía los requisitos para aspirar a la condición senatorial, se tenía en cuenta su estado al momento de la concepción,³¹ y de la misma manera tratándose de hijos concebidos dentro de un legítimo matrimonio, se determinaba su *status* a partir también desde el momento de la concepción.³² No olvidemos tampoco que el hijo de una esclava nacía libre, si la madre lo había sido durante algún momento del embarazo.³³

Recordemos también la existencia del curador *ventris nomine*, tema al que el Digesto dedica especialmente un título,³⁴ cuya rúbrica reza “*De ventre in possessionem mittendo, et curatore eius*”. Éste tenía como función esencial velar por los intereses del concebido aún no nacido, y acababa en sus funciones una vez que el hijo salía del seno materno, ya fuere con o sin vida. Una de sus funciones era procurar los alimentos a la madre, no interés de ésta sino de lo que llevaba dentro de su vientre, “porque en la incertidumbre es más conveniente que sea alimentado el que está en el claustro materno”.³⁵

El curador se elegía entre los agnados o afines, o amigos del causante o, en fin, entre los acreedores, siempre que se tratase de personas idóneas y si se discutía tal calidad, la designación debía recaer en un *vir bonus*,³⁶ es decir, una persona correcta y diligente en la atención de sus negocios. Era menester que el elegido diese

³¹ D. 1. 9. 7. 1 *in fine*.

³² Ulpiano, 5. 10; Gayo, 1. 84, 88-92.

³³ D. 1. 5. 5. 2-3.

³⁴ Título 9 del Libro 37.

³⁵ D. 37. 9. 1. 5 *in fine*.

³⁶ D. 37. 9. 1. 23.

fianza por su desempeño, salvo que hubiese sido nombrado luego de la pertinente *inquisitio*, porque mediante ella el magistrado debió considerarlo idóneo u honesto.³⁷

Como ocurría con el tutor, el *curator ventris* no podía excusarse de aceptar el cargo, salvo que concurriese alguna de las causas que se admitían a tal efecto, como la edad, cantidad de hijos, y demás,³⁸ pero a diferencia de aquel y del curador del demente, menor o pródigo, se le confiaba solo la custodia o cuidado del patrimonio hereditario, a cuyo fin debía proceder con la diligencia exigida a los tutores y demás curadores.³⁹

Así, debía ocuparse concretamente de la venta de los bienes que se pudiesen deteriorar, evitar que las cosas de la herencia pudieran ser usucapidas por terceras personas y que los deudores se liberaran en virtud de la prescripción, como también atender el pago de las deudas, especialmente las garantizadas con prendas o cláusula penal. Con relación a la mujer embarazada y a su hijo en gestación, el curador debía proveerles todo lo necesario para su vida con miras al alumbramiento. Así, debía proporcionar alimentos, vestido y vivienda, tanto para la mujer como para sus esclavos, según las posibilidades económicas y posición social del causante⁴⁰ y sin perjuicio de que tuviese dote, porque se consideraba que los alimentos se prestan al *nasciturus* mismo y no a la madre.⁴¹

Para la atención de estos gastos, que posteriormente se deducirían como deudas de la herencia,⁴² el curador debía echar mano primero al dinero efectivo que existiera y a aquellas cosas cuya

³⁷ D. 27. 10. 8.

³⁸ D. 27. 1. 2, 3, 4, 5.

³⁹ D. 37. 9. 1. 22.

⁴⁰ D. 37. 9. 1. 19.

⁴¹ D. 37. 9. 5 pr.

⁴² D. 37. 9. 9.

conservación, por su naturaleza y condiciones, “producen más gastos que frutos”.⁴³

Y, para acabar con el desarrollo del tema en el derecho romano, cabría formularnos una pregunta: ¿podemos afirmar que en esa época se consideraba al *nasciturus* como una simple parte o víscera de la madre?

Voy a dar mi respuesta, que obviamente es opinable y discutible. Estimo que no, si así fuese no se tomarían tantas medidas, tal como he señalado, tendientes a intentar asegurar el nacimiento con vida. O a cuidar de sus intereses.

Pero vamos a nuestra realidad actual.

III. El derecho argentino

En nuestro país, la Ley 27.610 regula el acceso a lo que se denomina interrupción voluntaria del embarazo y a la atención posaborto de todas las personas con capacidad de gestar que hayan hecho uso de ese derecho. Está en vigor desde el 24 de enero de 2021.

Dispone que los servicios públicos de salud, las obras sociales nacionales y provinciales y las empresas y entidades de medicina prepaga, incorporen la cobertura integral y gratuita de la práctica de interrupción voluntaria del embarazo. No requiere adhesiones provinciales ni reglamentación para su vigencia.

La ley establece que, una vez solicitada la prestación por parte de la beneficiaria/afiliada, la obra social o empresa prepaga tiene un plazo máximo de diez días corridos para cumplir con la prestación, que queda incluida en el Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica y en el PMO con cobertura total,

⁴³ D. 37. 9. 1. 20.

junto con las prestaciones de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo.

Esta norma modifica el Código Penal y las leyes 23.660 y 23.661 de obras sociales, 25.673 de salud pública, 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y 26.485 de protección integral de las mujeres. Analicémosla en detalle.

Su artículo dos concretamente establece que:

Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a:

- a) Decidir la interrupción del embarazo de conformidad con lo establecido en la presente ley.
- b) Requerir y acceder a la atención de la interrupción del embarazo en los servicios del sistema de salud, de conformidad con lo establecido en la presente ley.
- c) Requerir y recibir atención postaborto en los servicios del sistema de salud, sin perjuicio de que la decisión de abortar hubiera sido contraria a los casos legalmente habilitados de conformidad con la presente ley.
- d) Prevenir los embarazos no intencionales mediante el acceso a información, educación sexual integral y a métodos anticonceptivos eficaces.

Conforme el artículo 4, esos derechos solamente pueden ejercerse

hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional. Fuera del plazo dispuesto en el párrafo anterior, la persona gestante tiene derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo solo en las siguientes situaciones:

- a) Si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente. En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida.
- b) Si estuviere en peligro la vida o la salud integral de la persona gestante.

De acuerdo al artículo 5, los servicios del sistema nacional de salud tienen la obligación de prestar el servicio dentro de los diez

días de serles requeridos. El personal de salud debe garantizar las siguientes condiciones mínimas y derechos en la atención del aborto y postaborto:

- a) Trato digno. El personal de salud debe observar un trato digno, respetando las convicciones personales y morales de la paciente, para erradicar prácticas que perpetúan el ejercicio de violencia contra las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar.
- b) Privacidad. Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener y transmitir información y documentación clínica de la paciente debe garantizar la construcción y preservación de un ambiente de confianza entre el personal de salud y las personas que solicitan la atención, y observar el estricto respeto por su intimidad, dignidad humana y autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la confidencialidad; solo se compartirá información o se incluirá a su familia o a su acompañante con su expresa autorización, conforme las previsiones del artículo 8º de la presente ley. Asimismo, deberá protegerse a la paciente de injerencias ilegítimas por parte de terceros.
- c) Confidencialidad. El personal de salud debe crear las condiciones para el resguardo de la confidencialidad y el secreto médico durante todo el proceso de atención y también con posterioridad. Debe informar durante la consulta que la confidencialidad está garantizada y resulta alcanzada por el secreto médico. La paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manejo de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, deba respetar el derecho a la confidencialidad, salvo expresa autorización escrita de la propia paciente.
- d) Autonomía de la voluntad. El personal de salud debe respetar las decisiones de las pacientes respecto al ejercicio de sus derechos reproductivos, las alternativas de tratamiento y su futura salud sexual y reproductiva. Las decisiones de la paciente no deben ser sometidas a juicios derivados de consideraciones personales, religiosas o axiológicas por parte del personal de salud, debiendo prevalecer su libre y autónoma voluntad.
- e) Acceso a la información. El personal de salud debe mantener una escucha

activa y respetuosa de las pacientes para expresar libremente sus necesidades y preferencias. La paciente tiene derecho a recibir la información sobre su salud; el derecho a la información incluye el de no recibir información inadecuada en relación con la solicitada.

Se debe suministrar información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, los alcances y consecuencias de la práctica. Dicha información debe ser actualizada, comprensible, veraz y brindada en lenguaje y con formatos accesibles.

El personal de salud y las autoridades públicas tienen la obligación de suministrar la información disponible sobre los derechos protegidos por la presente ley de forma dinámica y a lo largo de todo el proceso de atención, incluso si no hay una solicitud explícita.

f) Calidad. El personal de salud debe respetar y garantizar el tratamiento del aborto conforme los alcances y la definición de la Organización Mundial de la Salud. La atención será brindada siguiendo los estándares de calidad, accesibilidad, competencia técnica, rango de opciones disponibles e información científica actualizada.

Conforme el artículo 7, previo a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo se requiere el consentimiento informado de la persona gestante expresado por escrito, de conformidad con lo previsto en la Ley 26.529 y concordantes y en el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación. Nadie puede ser sustituido en el ejercicio personal de este derecho.

De acuerdo al artículo 8, y en el marco de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley 26.061, el artículo 7 del anexo I del Decreto 415/06, el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación y la Resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación, las personas mayores de 16 años tienen plena capacidad por sí para prestar su consentimiento a fin de solicitar la interrupción voluntaria de su embarazo. Si fueren menores se requerirá su consentimiento informado, y se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 26 del Código Civil y Comercial y la

Resolución 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, la Ley 26.061, el artículo 7 del anexo I del Decreto 415/06 y el Decreto 1282/03 de la Ley 25.673.

Si se tratare de una persona con capacidad restringida por sentencia judicial y la restricción no tuviere relación con el ejercicio de los derechos que otorga la ley, podrá prestar su consentimiento informado sin ningún impedimento ni necesidad de autorización previa alguna y, si lo deseara, con la asistencia del sistema de apoyo previsto en el artículo 43 del Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas que actúan como sistema de apoyo no representan ni sustituyen a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos y, por tanto, es necesario que el diseño del sistema de apoyo incorpore salvaguardas adecuadas para que no existan abusos y las decisiones sean tomadas por la titular del derecho.

Si la sentencia judicial de restricción a la capacidad impide prestar el consentimiento para el ejercicio de los derechos previstos en la ley, o la persona ha sido declarada incapaz judicialmente, deberá prestar su consentimiento con la asistencia de su representante legal o, a falta o ausencia de éste, la de una persona allegada, en los términos del artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación.

De acuerdo al artículo 10, el médico puede argumentar la objeción de conciencia, cosa que lo releva de intervenir en la interrupción del embarazo, pero en tal caso debe procurar que la solicitante sea derivada con el suficiente tiempo a otro profesional que practique la intervención.

Ese derecho no lo tienen los establecimientos sanitarios, que no pueden negarse a que en su ámbito se realicen las intervenciones. Si no cuentan con profesionales para realizar la interrupción del embarazo a causa del ejercicio del derecho de objeción de conciencia, deberán prever y disponer la derivación a un efector que realice efectivamente la prestación y que sea de similares características al que la persona solicitante de la prestación consultó.

Además, la ley establece en su artículo 13 que el Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios tienen la responsabilidad de implementar la Ley 26.150 de Educación Sexual Integral, estableciendo políticas activas para la promoción y el fortalecimiento de la salud sexual y reproductiva de toda la población.

Los artículos siguientes modifican el Código Penal, estableciendo que no es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce del embarazo, y sí lo es si la práctica se realiza con posterioridad, salvo que el embarazo fuese producto de una violación o si estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la persona gestante. En el primero de los casos mencionados se debe garantizar la práctica con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante ante el o la profesional o personal de salud interviniente.

Conforme el artículo 21, las disposiciones de la ley son de orden público y de aplicación obligatoria en todo el territorio de la República Argentina.

IV. Algunas reflexiones

Llegados a este punto, cabe preguntarnos si la interrupción voluntaria del embarazo pone fin a la existencia de una persona. De acuerdo a mi opinión la respuesta debe ser negativa.

Es que, si bien el feto tiene la calidad de persona desde su concepción, ello está sujeto a una condición resolutoria, que nazca con vida. Si el embarazo se interrumpe, voluntariamente o no la ley no dice nada al respecto, esa expectativa en potencia jamás llegará a concretarse, la persona nunca habrá existido.

Ahora bien, me quedan varias dudas, voy a exponerlas.

¿Por qué la madre puede interrumpir su embarazo por su sola

decisión? ¿Y la opinión del padre no cuenta? Obviamente sé que llevar adelante la gestación es una carga que recae solo sobre ella pero, producido el nacimiento, ambos progenitores compartirán derechos y obligaciones en relación al recién nacido, y en su caso el padre deberá proveer alimentos. Entonces no parece justo que se prive a éste de tomar parte de la resolución.

¿Por qué el embarazo se puede interrumpir solamente hasta la semana catorce? ¿Qué diferencia tiene un feto de doce semanas de gestación con otro de dieciséis? Se podrán verter argumentos atinentes al desarrollo del embrión, o la implantación en la pared del útero, pero no me convencen porque en ese caso, ¿por qué se permite la interrupción más allá de ese plazo cuando ha mediado una violación? ¿Acaso en este supuesto ese desarrollo del embrión no cuenta?

Si bien, como expuse, técnicamente el concebido cuya gestación se interrumpe jamás será persona, ¿podemos considerarlo simplemente como una parte del cuerpo de la madre y sujeto a la voluntad de ésta? En realidad no lo es, de ninguna manera, se trata de algo extraño a él. Podrá decirse que la misma calidad tiene un tumor, acerca de cuya extirpación nadie puede debatir, pero no es así. El feto tiene la expectativa de vivir y ser un ser humano cuando nazca, el tumor no.

Para terminar, no tengo dudas de que interrumpir voluntariamente un embarazo es ahora legal en nuestro país. Pero, ¿es justo?

El *ius fetiale* en el derecho romano

Por Elvira Méndez Chang⁴⁴

Resumen

Desde la etapa monárquica, el *populus romanus* estableció relaciones con los pueblos vecinos, las que estaban reguladas por un conjunto de normas de naturaleza religioso-jurídica cuya finalidad era mantener el equilibrio y la armonía entre los seres humanos, así como entre éstos y las divinidades, alcanzándose la *pax deorum*. Estas normas pertenecieron al *ius fetiale*, ordenamiento jurídico-religioso considerado como un derecho común de los pueblos, que fue aplicado por los sacerdotes feciales (*fetiales*) en las relaciones “internacionales” del pueblo romano, específicamente cuando se planteaban reclamos por las ofensas o los daños causados (*rerum repetitio*), se producía

⁴⁴ Profesora principal del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y directora del Instituto de Estudios Internacionales de la PUCP.

la declaración de guerra (*indictio belli*) o se celebraba un acuerdo (*foedus*) entre los pueblos. Pese a su carácter religioso, el *ius fetiale* puede ser considerado como un antecedente de algunas instituciones del derecho internacional. Para ello, se presentarán quiénes eran los sacerdotes *fetiales* y sus principales funciones, qué era el *ius fetiale* y cómo se llevaron a cabo los reclamos por las ofensas o los daños contra el pueblo romano (*rerum repetitio*), la declaración de guerra (*indictio belli*) y la celebración de tratados (*foedera*). Luego, se reflexionará sobre las diferencias entre el *ius fetiale* y el derecho internacional contemporáneo.

Palabras clave: *ius fetiale; rerum repetitio; indictio belli; foedus*

I. Introducción

El mundo antiguo presenta varios temas de interés para la investigación en el campo del derecho, uno de los cuales es la regulación de las relaciones de Roma con los otros pueblos, sobre el que subsisten varios interrogantes hasta la actualidad.

Del estudio de las fuentes se constata que, desde la etapa monárquica, el *populus romanus* estableció relaciones con los pueblos vecinos, las que estaban reguladas por un conjunto de normas de naturaleza religioso-jurídica cuya finalidad era mantener el equilibrio y la armonía entre los seres humanos, así como entre éstos y las divinidades, alcanzándose la *pax deorum*. Estas normas pertenecieron al *ius fetiale*, ordenamiento jurídico-religioso considerado como un derecho común de los pueblos, que fue aplicado por los sacerdotes *feciales* (*fetiales*) en las relaciones “internacionales” del pueblo romano, específicamente cuando se planteaban reclamos por las ofensas o los daños causados (*rerum repetitio*), se producía la declaración de guerra (*indictio belli*) o se celebraba un acuerdo (*foedus*) entre los

pueblos. Pese a lo anteriormente mencionado, el carácter religioso del *ius fetiale* lleva a cuestionar que éste sea un antecedente del derecho internacional contemporáneo, cuyos tratadistas han encontrado un referente importante en el *ius gentium* de los romanos.

Esta investigación tiene como objetivo contribuir al conocimiento del contenido del *ius fetiale* y su aplicación en las relaciones entre el *populus romanus* y los demás pueblos de la Antigüedad, identificando sus características propias. Ello permitirá sostener que, si bien el *ius fetiale* fue empleado para regular las relaciones *inter populos* y podría ser considerado un antecedente del derecho internacional, su naturaleza jurídico-religiosa lo distingue del ordenamiento jurídico internacional contemporáneo, pese a que actualmente subsiste la obligación del Estado de reparar por hechos internacionalmente ilícitos algunas constituciones que cuenten con la facultad de la cabeza del poder ejecutivo para declarar la guerra o que se celebren tratados entre Estados.

Con la finalidad de demostrar esta afirmación, a continuación se presentarán quiénes eran los sacerdotes *fetiales* y sus principales funciones, qué era el *ius fetiale* y cómo se llevaron a cabo los reclamos por las ofensas o los daños contra el pueblo romano (*rerum repetitio*), la declaración de guerra (*indictio belli*) y la celebración de tratados (*foedera*). Éstos fueron mecanismos para resolver controversias y restaurar la paz (*pax*) entre los pueblos.

II. Sobre los *fetiales*

Para comprender cómo el *ius fetiale* regulaba las relaciones de los romanos con otros pueblos, es necesario conocer quiénes eran los *fetiales* (feciales) y cuáles fueron sus principales funciones.

Collegium fetialium era una agrupación religiosa pública que estaba conformada por veinte sacerdotes llamados *fetiales*, cuyo cargo

era vitalicio, y lo presidía el *pater patratus*.⁴⁵ Si bien los *fetiales* eran elegidos entre los patricios pertenecientes a las familias más distinguidas de Roma (*Dion. Hal. 2. 72. 1*),⁴⁶ posteriormente se admitieron también a los plebeyos.⁴⁷

En cuanto a su origen, los *fetiales* y sus rituales eran muy antiguos y posiblemente hayan sido asimilados por los romanos a partir de sus experiencias con las comunidades vecinas en las que existieron

⁴⁵ BAVIERA, G. (1898). I feziali e il diritto feziale, *Enciclopedia Giuridica Italiana* (p. 15). Milán: Giuffrè; BERGER, A. (1953). Voce *Fetiales*. En *Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Transactions of the American Philosophical Society*, 43(2), p. 470; BLAIVE, F. y GAURIER, D. (2007). Les mythes indo-européens sources du droit international public dans l'Antiquité. *Journal of the History of International Law*, 9(1), p. 121; ERNOUT, A. y MEILLET, A. (2001). Voce *Fetialis*. A *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine. Histoire des mots* (p. 231). 4ª edición. París: Klincksieck; SAMBRIAN, T. (2022). Fetial Law and Bellum Iustum in the Context of the Daco-Roman Wars and the Roman Imperial Policy of Annexation of the Provinces, *Ius Romanum*, (2), pp. 421 y ss.; SANTANGELO, F. (2008). The fetiales and their ius. *Bulletin of the Institute of Classical Studies*, (51), p. 63; ZOLLSCHAN, L. (2012). The Longevity of the Fetial College. *Law and Religion in the Roman Republic* (p. 135). Leiden-Boston: O. Tellegen-Couperus.; LEWIS, C. T. y SHORT, C. (1879). Voce *Fetiales*. A *Latin Dictionary, Founded on Andrews' edition of Freund's Latin dictionary*, Oxford: Oxford University Press.

⁴⁶ *Dion. Hal. 2. 72. 1*: "Son hombres elegidos de las mejores familias y ejercen la función religiosa durante toda su vida; el rey Numa fue el primero que estableció esta magistratura sagrada entre los romanos." Ver DIONISIO DE HALICARNASO (1984). *Historia antigua de Roma, Libros I-III* (p. 243). Madrid: Taurus.

⁴⁷ BROUGHTON, T. R. S. (1987). Mistreatment of Foreign Legates and the Fetial Priests: Three Roman Cases. *Phoenix*, 41(1), p. 58; RICH, J. (2011). The fetiales and Roman international relations. En J. H. Richardson y F. Santangelo (Eds.). *Priests and State in the Roman World* (p. 189). Steiner: Stuttgart.

grupos sacerdotales similares,⁴⁸ como los pueblos latinos (*Liv.* 1. 24. 4-9, 1. 32. 11-14). Dionisio de Halicarnaso (*Dion. Hal.* 2. 72. 1-2) y Plutarco (*Plut. Numa* 12. 3)⁴⁹ afirmaron que el *rex* Numa Pompilio constituyó el *collegium fetialium*⁵⁰ y, si bien Tito Livio no mencionó expresamente que este *rex* haya establecido este grupo sacerdotal (*Liv.* 1. 20. 21: *Tum sacerdotibus creandis animum adiecit*), sí sostuvo que Numa Pompilio había instituido las ceremonias religiosas en tiempo de paz (*Liv.* 1. 32. 5: *ut tamen, quoniam Numa in pace religiones instituisset*), por lo que se puede inferir que los *fetiales* existieron durante su gobierno. Por su parte, Cicerón sostuvo que los *fetiales* fueron constituidos por su sucesor, el *rex* Tulio Hostilio, quien estableció el *ius fetiale* (*Cic. De rep.* 2. 31). Al respecto, Tito Livio señaló que un sacerdote fecial había preguntado formalmente a Tulio Hostilio si le ordenaba celebrar un acuerdo (*foedus*) con el *pater patratus* del pueblo albano (*Liv.* 1. 24. 4: *fetialis regem Tullum ita rogavit*), por lo que se concluye que el *collegium fetialium* ya estaba en funciones durante su reinado.

En cuanto a su etimología, Marco Terencio Varrón afirmó que se les llamó *fetiales* porque estaban encargados de la fe pública (*fides publica*) entre los pueblos (*Varr.* 5. 86: *Fetiales, quod fidei publicae inter*

⁴⁸ BROUGHTON, *Mistreatment...*, op. cit., p. 58; CHAUVEAU, M. (1891). *Le Droit des Gens dans les Rapports de Rome. Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Etranger*, (15), p. 422; FUSINATO, G. (1883-1884). *Dei Feziali e del Diritto Feziale* (p. 27 y ss.). *Contributo alla Storia del Diritto Pubblico esterno di Roma*. Roma: Atti della R. Accademia dei Lincei; PÉREZ CARRANDI, J. (2021). Notas en torno al *ius fetiale*. *FORO, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 24(2), p. 242; RICH, *The fetiales...*, op. cit., p. 188; SANTANGELO, *The fetiales...*, op. cit., p. 68.

⁴⁹ PLUTARCO (1914). *Plutarch's Lives, Numa*. Edición por Bernadotte Perrin. Cambridge: Harvard University Press.

⁵⁰ PENELLA, R. J. (1987). War, Peace, and the *ius fetiale* in Livy 1. *Classical Philology*, 82(3), p. 233; PÉREZ CARRANDI, *Notas...*, op. cit., p. 242.

populos praeerant). Como las relaciones entre los pueblos estaban fundadas en la *fides* (que también era considerada una divinidad),⁵¹ los *fetiales* fueron sus guardianes y debían garantizar que los pueblos actúen de buena fe y con lealtad.

A partir de Cicerón (Cic. *De leg.* 2, 9),⁵² Dionisio de Halicarnaso (*Dion. Hal.* 2. 72. 3-9), Plutarco (*Plut. Numa* 12. 3) y Varrón (*Varr.* 5. 86),⁵³ las principales funciones de los *fetiales*⁵⁴ fueron las siguientes:

- a) Ser mensajeros, legados y representantes del *populus romanus* (*publici legati* y *nuntii*) en las relaciones de Roma con los demás pueblos (Cic. *De leg.* 2. 9, *Dion. Hal.* 2. 72.), encargados de la fe pública (*De l. lat.* 5. 86).

⁵¹ BLAIVE y GAURIER, *Les mythes...*, op. cit., p. 124 y ss.; VISSCHER, F. D. (1966). *Pactes et Religio. Études de Droit Romain Public et Privé* (p. 415). III Serie. Milán: Giuffrè.

⁵² Cic. *De leg.* 2, 9: "Para las alianzas, la paz, la guerra, las treguas, sean oradores y jueces dos [sic] feciales: que discutan la guerra." "*Foederum pacis belli indotiarum oratorum fetiales iudices nuntii sunt; bella disceptant*." Para la versión en español, véase: CICERÓN, M. T. (1946). *Obras completas de Marco Tulio Cicerón, Vida y Discursos* (p. 688), II. Buenos Aires: Anaconda. Para la versión en latín, CICERO, M. T. (1883). *Cicero, De Legibus* (p. 96), I. Berlín: Vahlen.

⁵³ *Varr.* 5. 86: "*Fetiales, quod fidei publicae inter populos praeerant, nam per hos fiebat ut iustum conciperetur bellum, et inde desitum, ut foedere fides pacis constitueretur. Ex his mittebantur, ante quam conciperetur, qui res repeterent, et per hos etiam nunc fit foedus, quod fidus Ennius scribit dictum*." Ver VARRO (1938). *On the Latin Language (Books V – VII)* (p. 82), I. Cambridge: Harvard University Press.

⁵⁴ BONGERT, I. (1953). *Recherches sur la "reciperatio internationale"*. *Studi in memoria di Emilio Albertario* (p. 325), II, Milán: Giuffrè; FERRARI, G. (1961). *Voce Fetialis. Novissimo Digesto Italiano* (255 y ss.), VII, Turín: UTET; RICH, J. W. (1976). *Declaring War in the Roman Republic in the Period of Transmarine Expansion* (p. 58), Bruselas: Latomus; WILLEMS, P. (1910). *Le droit public romain* (p. 343). Lovaina.

- b) Ser guardianes de la paz (*Plut. Numa* 12. 3, *Varr.* 5. 86) aplicando el *ius fetiale*.⁵⁵
- c) Celebrar los acuerdos (*foedera*) entre el pueblo romano y otro pueblo (*Cic. De leg.* 2. 9, *Dion. Hal.* 2. 72. 5, *Varr.* 5. 86) y velar por su cumplimiento.⁵⁶
- d) Solucionar pacíficamente las controversias entre los romanos y los demás pueblos vecinos y, además, ser jueces⁵⁷ (*Cic. De leg.* 2. 9, *Plut. Numa* 12. 3, *Dion. Hal.* 2. 72. 3, *Varr.* 5. 86) porque evaluaban la ofensa o el daño producido y las intenciones del pueblo ofensor para solicitar su reparación (*rerum repetitio*) como, por ejemplo, para reclamar por la violación del acuerdo (*foedus*) celebrado (*Dion. Hal.* 2. 72. 6-9). Ésta era una función jurídico-religiosa y política muy importante porque los *fetiales* buscaban satisfacer el reclamo de manera pacífica y evitar una guerra.
- e) Declarar la guerra (*indictio belli*)⁵⁸ siguiendo los ritos religiosos establecidos por el *ius fetiale* (*Cic. De leg.* 2. 9, *Cic. De rep.* 2. 31, *Varr.* 5. 86) cuando existía una ofensa o un daño no reparado contra el pueblo romano. En este supuesto, la guerra era justa y pía (*bellum iustum piumque*).
- f) Garantizar el tratamiento adecuado de los enemigos de guerra.⁵⁹

⁵⁵ BAVIERA, *I feziali...*, *op. cit.*, p. 18; TURELLI, G. (2014). *Fetialis religio*, Una riflessione su religione e diritto nell'esperienza romana. *Religione e Diritto Romano*, La cogenza del rito (p. 484 y ss.). Bari: Libellula.

⁵⁶ MASI, A. (1957). Voce *Foedus*. *Novissimo Digesto Italiano* (p. 421), VII. Turín: UTET; PENELLA, *War...*, *op. cit.*, p. 234; SANTANGELO, *The fetiales...*, *op. cit.*, p. 89.

⁵⁷ PENELLA, *War...*, *op. cit.*, p. 234; PÉREZ CARRANDI, *Notas...*, *op. cit.*, p. 243; SANTANGELO, *The fetiales...*, *op. cit.*, p. 92 y ss.; TURELLI, *Fetialis...*, *op. cit.*, p. 469.

⁵⁸ BLAIVE y GAURIER, *Les mythes...*, *op. cit.*, p. 121; SANTANGELO, *The fetiales...*, *op. cit.*, p. 92; PÉREZ CARRANDI, *Notas...*, *op. cit.*, p. 235.

⁵⁹ SANTANGELO, *The fetiales...*, *op. cit.*, p. 92.

- g) Castigar a los magistrados romanos culpables de cometer hechos ilícitos durante la guerra; por ejemplo, rendirse incondicionalmente a los enemigos del *populus romanus*.⁶⁰

Como se puede apreciar, los *fetiales* llevaron a cabo funciones muy importantes para las relaciones entre el pueblo romano y los otros pueblos, las que se desarrollaron desde la monarquía hasta la etapa imperial.⁶¹

A partir de la revisión las funciones que tuvieron los *fetiales*, éstas parecen similares a las que actualmente desempeñan los órganos del Estado competentes en las relaciones internacionales y las que se encuentran reguladas por el derecho internacional contemporáneo. Sin embargo, esto no resulta exacto porque los sacerdotes feciales aplicaron el *ius fetiale*, un derecho común que tenía un carácter jurídico-religioso, que se expondrá en el siguiente punto.

III. *Ius fetiale*

Las relaciones entre el *populus romanus* y los demás pueblos estaban

⁶⁰ PÉREZ CARRANDI, *Notas...*, *op. cit.*, p. 235; SANTANGELO, *The fetiales...*, *op. cit.*, p. 92.

⁶¹ FRANK, T. (1912). The Import of the Fetial Institution. *Classical Philology*, 7(3), pp. 342; OOST, S. I. (1954). The Fetial Law and the Outbreak of the Jugurthine War. *The American Journal of Philology*, 75(2), p. 147; RICHARDSON, J. H. (2017). The Development of the Treaty-Making Rituals of the Romans. *Hermes*, 145(3), p. 273; SAMBRIAN, *Fetial...*, *op. cit.*, p. 432 y ss.; SANTANGELO, *The fetiales...*, *op. cit.*, p. 91 ss.; WATSON, A. (1993). *International Law in Archaic Rome - War and Religion* (p. 59). Londres: Johns Hopkins University Press,

reguladas el *ius fetiale*, un conjunto de normas de naturaleza religioso-jurídica, cuya aplicación estaba a cargo de los *fetiales*.

En cuanto a su origen, el *ius fetiale* fue establecido en la etapa monárquica a través de un proceso complejo en el que se asimilaron los rituales de los grupos sacerdotales de varios pueblos vecinos de Roma⁶² como los latinos (*Liv.* 1. 32. 11-14), los albanos (*Liv.* 1. 24. 4) y los equos (*Liv.* 1. 32. 5: *ius ab antiqua gente Aequeiculis*); sin embargo, no se incluyeron aquellos de las ciudades griegas (*Dion. Hal.* 2. 72. 3). Tito Livio se refirió a las normas del *ius fetiale* cuando narró que el *rex* Numa Pompilio instituyó los rituales para los tiempos de paz (*Liv.* 1.32.5), mientras que Cicerón afirmó que su sucesor, el *rex* Tulio Hostilio, fue quien estableció el *ius fetiale* (*De rep.* 2. 31: *constituitque ius, quo bella indicerentur, quod per se iustissime inventum sanxit fetiali religione*),⁶³ mencionando la declaración de guerra. Tito Livio también señaló la existencia de la ceremonia para celebrar un

⁶² BROUGHTON, *Mistreatment...*, *op. cit.*, p. 58; FUSINATO, *Dei Feziali...*, *op. cit.*, p. 33; PÉREZ CARRANDI, *Notas...*, *op. cit.*, p. 242; RICH, *The fetiales...*, *op. cit.*, p. 188; SANTANGELO, *The fetiales...*, *op. cit.*, 68; TURELLI, G. (2011) “*Audi Iuppiter*” *Il Collegio dei Feziali nell’esperienza giuridica romana* (p. 47). Milán: Giuffré.

⁶³ Cic. *De rep.* 2. 31: “Muerto Pompilio, el pueblo, a propuesta de un rey interino, elevó al trono a Tulo Hostilio (...) Estableció formas legales para la declaración de guerra y el derecho sagrado de los *faciales* (*sic*) que sancionó esta institución tan perfectamente justa, de suerte que la guerra que no se declaraba así debía ser tenida como injusta y sacrílega” “*Mortuo rege Pompilio Tullum Hostilium populus regem interrege rogante comitiis curiatis creavit (...) constituitque ius, quo bella indicerentur, quod per se iustissime inventum sanxit fetiali religione, ut omne bellum, quod denuntiatur indictumque non esset, id iniustum esse atque impium iudicaretur*”. Para la versión en español, véase: CICERÓN, *Obras...*, *op. cit.*, II, p. 576. Para la versión en latín, CICERÓN, M. T. (1889). *Librorum de Re Publica Sex* (316 y ss.). Edición de C. F. W. Mueller. Leipzig: Teubner. Al respecto, véase también: PENELLA, *War...*, *op. cit.*, p. 233.

acuerdo (*foedera*) durante el reinado de este último (*Liv.* 1. 24. 4). Por su parte, el *rex* Anco Marcio, nieto de Numa Pompilio, introdujo las ceremonias rituales para las guerras (*Liv.* 1. 32. 5)⁶⁴ y tomó en cuenta lo señalado por los equos (*gente Aequiculis*) según lo escrito en una pequeña columna en el *Clivus Palatinus*.⁶⁵ A partir de lo señalado en las fuentes, se confirma que las normas del *ius fetiale* se fueron formando desde épocas arcaicas con la participación sucesiva de los reyes (desde Numa Pompilio a Anco Marcio), quienes fueron mejorando su contenido. Después de la monarquía, se produjeron cambios en los ritos religiosos que llevaban a cabo los sacerdotes feciales debido a la expansión de Roma durante la República. Sin embargo, el *ius fetiale* se siguió aplicando hasta la etapa imperial,⁶⁶ durante el gobierno del emperador Marco Aurelio (*Cassius Dio*, 72. 33. 2).

En cuanto al *ius fetiale*, se puede afirmar lo siguiente: en primer lugar, el *ius fetiale* era un conjunto de normas jurídico-religiosas que expresaban la alianza entre el pueblo romano y sus dioses, cuya observancia garantizaba la paz (*pax deorum*),⁶⁷ la que era su valor

⁶⁴ *Liv.* 1. 32. 5: “*ut tamen, quoniam Numa in pace religions instituisset, a se bellicae caeremoniae proderentur nec gererentur solum, sed etiam indicerentur bella aliquo ritu, ius ab antiqua gente Aequiculis, quod nunc fetiales habent, descripsit, quo res repetuntur*”. LIVI, T. (1898). *Ab urbe condita*. En G. Weissenborn y M. Mueller (Eds.). *Pars I, Libri I-X*, Leipzig: Teubner.

⁶⁵ RICH, *The fetiales...*, *op. cit.*, p. 187 y ss. Asimismo, SANTANGELO, *The fetiales...*, *op. cit.*, p. 83.

⁶⁶ FRANK, *The Import...*, *op. cit.*, p. 342; OOST, *The Fetial...*, *op. cit.*, p. 147; SANTANGELO, *The fetiales...*, *op. cit.*, p. 91 y ss.; TURELLI, *Audi...*, *op. cit.*, p. 184; WATSON, *International...*, *op. cit.*, p. 59.

⁶⁷ AMATO, S. (2014). Merito quis sacerdos appellet. En S. Randazzo (Ed.). *Religione e Diritto Romano, La cogenza del rito* (p. 10). Tricase: Libellula; BONGERT, *Recherches...*, *op. cit.*, p. 325; CATALANO, P. (1990). *Diritto e Persone, Studi su*

supremo y fundamental porque permitía establecer equilibrio y armonía entre los seres humanos, la que debía ser conservada. Por ello, las divinidades estaban directamente involucradas en el *ius fetiale* como testigos y garantes de los actos y juramentos realizados por quienes representaban a los pueblos. En nombre del *populus romanus*, participaba el dios Júpiter, quien era el vértice de la religión romana, habitaba en el Capitolio (*Liv.* 8. 4. 11)⁶⁸ y presidía la Tríada Capitolina, así como otras divinidades romanas. Los demás pueblos empleaban sus propios dioses que cumplían un rol similar como, por ejemplo, Júpiter *Feretrius* (Alba Longa), Diana *Nemorensis* (Lago de Nemi) y Venus de *Lavinium* (Lavinio). La invocación a Júpiter era muy importante porque él era una divinidad de características universales, no un mero dios tribal. En consecuencia, tanto los romanos como los demás pueblos comprendían que Júpiter actuaría con justicia y castigaría severamente el incumplimiento de sus juramentos, la ofensa o daño causado, sin apoyar incondicionalmente a una de las partes.⁶⁹ Por su naturaleza religioso-jurídica, el *ius fetiale*

origine e attualità del sistema romano (32 y ss.). Turín: Giappichelli; CRIFÓ, G. (1991). Recensione a Dieter Nörr: Aspekte des römischen Völkerrechts, Die Bronzetafel von Alcántara. *Studia et Documenta Historiae et Juris*, (57), p. 522; FREZZA, P. (1991). A proposito di 'fides' e 'bona fides' come valore normativo in Roma nei rapporti dell'ordinamento interno e internazionale. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, (57), pp. 299; FUSINATO, *Dei Fetiali...*, *op. cit.*, p. 13; PARADISI, B. (1974). *Civitas Maxima: Studi di Storia del Diritto Internazionale*, II. Firenze: Olschki, p. 562; PUGLIESE, G. (1974). Appunti sulla "deditio" dell'accusato di illeciti internazionali. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche (RISG)*, 28(18), p. 20; SANTANGELO, *The fetiales...*, *op. cit.*, p. 71; SINI, F. (1991). *Bellum nefandum, Virgilio e il problema del "diritto internazionale antico"* (p. 26 y ss.). Sassari: Libreria Dessì Editrice; TURELLI, "Audi...", *op. cit.*, p. 37; TURELLI, *Fetialis...*, *op. cit.*, p. 467 y ss.

⁶⁸ *Liv.* 8. 4. 11: "... sed Iove ipso, qui Capitolium incolit ...". LIVI, *Ab urbe...*, *op. cit.*

⁶⁹ FRANK, *The Import...*, *op. cit.*, p. 340.

establecía rituales con formalidades solemnes, cargadas de simbolismo religioso, que requerían ser cumplidas de manera rigurosa por los *fetiales* y los sacerdotes de los otros pueblos para que sean actos válidos, tengan efectos jurídico-religiosos y cuenten con el respaldo de sus dioses. Debido a la participación de los dioses romanos y foráneos en los actos realizados según el *ius fetiale*, éstos tenían un carácter sagrado y sus consecuencias eran religiosas y jurídicas. De allí que su incumplimiento acarrearba castigos severos por haberse quebrantado la *pax deorum*.

En segundo lugar, el *ius fetiale* era un derecho común con validez y alcance universal porque era aplicable a todos los pueblos sin requerir la reciprocidad. Al respecto, Cicerón consideró al *ius fetiale* como parte de *multa communia iura* (Cic. *De off.* 3. 108),⁷⁰ es decir, era un conjunto de normas de naturaleza jurídico-religiosa que constituían un derecho común a todos los hombres y pueblos que debía ser cumplido por el *populus romanus* y los demás pueblos, incluyendo aquellos que eran sus enemigos de guerra (*hostes*). Esta vocación universal⁷¹ del *ius fetiale* fue la que hizo posible que, a través de ritos

⁷⁰ Cic. *De off.* 3.108: “No debía Régulo descomponer, faltando al juramento, las condiciones y pactos de la guerra; porque entonces se trataba con un enemigo justo y legítimo, declarado tal por el derecho fecial y por otras muchas leyes; sin el cual fundamento nunca el Senado hubiese entregado hombres muy principales a los enemigos.” “*Regulus vero non debuit condiciones pactionesque bellicas et hostiles perturbare periurio. Cum iusto enim et legitimo hoste res gerebatur, adversus quem et totum ius fetiale et multa sunt iura communia. Quod ni ita esset, numquam claros viros senatus victos hostibus dedidisset*.” Para la versión en español: CICERÓN, Obras..., *op. cit.*, II, p. 153. Para la versión en latín: CICERÓN, M. T. (1913). *De Officiis*. Edición de W. Miller. Cambridge-London: Harvard University Press.

⁷¹ BELLI, P. (1936). *A Treatise on Military Matters and Warfare* (p. 94), II, Oxford-London: Clarendon Press; CATALANO, *Diritto...*, *op. cit.*, p. 7 y ss.; CATALANO, P. (1965). *Linee del sistema sovranazionale romano* (41 y ss.). Turín: Giappichelli;

y actos solemnes, los pueblos establezcan vínculos y estén obligados a cumplirlo, aunque no hayan celebrado previamente un acuerdo (*foedus*) entre ellos. De allí que las normas del *ius fetiale* no fueron escritas ni convencionales porque no fueron el resultado de acuerdos (*foedera*) celebrados por los pueblos.⁷² Al respecto, tenemos varios ejemplos de la aplicación del *ius fetiale* a los pueblos con los que Roma no tenía acuerdo (*foedus*): en el primer acuerdo con Cartago en 509 a. C.,⁷³ en la *rerum repetitio* contra el pueblo etrusco de Veio (*Liv.* 4. 30. 13-14) de 427 a. C. y las declaraciones de guerra (*indictio belli*) contra Filipo V de Macedonia en 200 a. C. (*Liv.* 31. 8. 3) y contra el rey de la dinastía seléucida Antíoco III el grande en 191 a. C. (*Liv.* 36. 3. 7) respectivamente. Además, la vigencia y el cumplimiento del *ius fetiale* no dependían de la reciprocidad. En consecuencia, el *populus romanus* debía cumplirlo, sin depender de su observancia por los otros pueblos (*Pol.* XV. 4).⁷⁴

Asimismo, es necesario precisar que, dentro de *multa communia iura* (Cic. *De off.* 3. 108) también se encontraba el *ius gentium*, pero

DAL RI, L. (2011). *Ius Fetiale, As origens do Direito Internacional no universalismo romano* (pp. 30 y ss.). Río Grande do Sul: Ijuí. No obstante, Ilari cuestiona la vigencia universal del *ius fetiale*: ILARI, V. (1992). Voce *Trattato internazionale, Diritto Romano. Enciclopedia del Diritto* (1335 y ss.), XLIV, Milán: Giuffré.

⁷² MÉNDEZ CHANG, E. (1997). El *Ius Fetiale* como derecho supranacional vigente para Roma y los demás pueblos. *Revista del Magíster en Derecho Civil*, (1), pp. 37 y ss.

⁷³ CAPOGROSSI COLOGNESI, L. (1971). In margine al primo trattato tra Roma e Cartagine. *Studi in onore di Edoardo Volterra* (171 y ss.), V. Milán: Giuffré.

⁷⁴ En *Pol.* XV. 4, se mencionó que Publio Cornelio Escipión Africano respetó la integridad física de los embajadores cartagineses y les permitió volver a Cartago sin ningún daño, pese a que este pueblo no hizo lo mismo con los embajadores romanos en la Segunda Guerra Púnica. POLYBIUS (1889). *Histories*, I, London-Nueva York: Shuckburgh.

no había una identidad entre éste y el *ius fetiale*⁷⁵ porque, si bien ambos eran derechos comunes aplicables a los seres humanos y los pueblos, el *ius fetiale* tenía un carácter religioso-jurídico y los supuestos en los que era aplicado (*rerum repetitio*, *indictio belli*, celebración de *foedus*) eran distintos a los que concernían al *ius gentium*.

Los sujetos del *ius fetiale* fueron los pueblos (Varr. 5. 86: *inter populos*) y los seres humanos, incluso los enemigos de guerra (*hostes*). Los pueblos eran las comunidades que contaban con una organización política y, como señaló Cicerón, constituían un *coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus* (Cic. *De rep.* 1. 39),⁷⁶ es decir, era una agrupación de seres humanos que se unían para lograr fines comunes. Estos pueblos eran aquellos ubicados tanto dentro como fuera de la península itálica como Cartago, con quien Roma celebró un *foedus* en 509 a. C., y Siria, a los que se les declaró formalmente la guerra.⁷⁷ El concepto de pueblo difiere del Estado, que es un sujeto principal del derecho internacional desde la Paz de Westfalia de 1648. En cuanto a los seres humanos, también fueron sujetos del *ius fetiale* por ser parte del pueblo (Cic. *De rep.* 1. 39 y Cic. *De rep.* 6. 13. 13: *concilia coetusque hominum iure sociati*

⁷⁵ CATALANO, *Diritto...*, *op. cit.*, p. 42 y ss.; CATALANO, *Linee...*, *op. cit.*, p. 41 y ss.; ILARI, V. (1981). *L'interpretazione storica del diritto de guerra romano fra tradizione romanista e giusnaturalismo* (p. 10 y ss.). Milán: Giuffrè; MÉNDEZ CHANG, *El ius...*, *op. cit.*, p. 39 s.; SAMBRIAN, *Fetial...*, *op. cit.*, p. 427.

⁷⁶ Cic. *De rep.* 1. 39: "...populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus". CICERÓN, *Librorum...*, *op. cit.*

⁷⁷ CAPOGROSSO COLOGNESI, *In margine...*, *op. cit.*, p. 171 y ss.; MASI, *Foedus...*, *op. cit.*, p. 420 y ss. Pese a ello, consideran que la aplicación del *ius fetiale* se limitó a los pueblos itálicos: FERRARI, *op. cit.*, p. 255; MAGDELAIN, A. (1943). *Essai sur les origines de la sponsio* (p. 13). Paris: Tepac; PARADISI, *Civitas...*, *op. cit.*, I, p. 150 y ss.

quae civitates appellantur)⁷⁸ y, en caso cometieran una ofensa o un daño, el pueblo podía entregar al individuo ofensor (*deditio*)⁷⁹ como forma de reparación (*Liv.* 23. 10. 3).⁸⁰

Como el *ius fetiale* fue derecho común que contaba con normas jurídico-religiosas, fue parte del sistema jurídico romano y tuvo un alcance universal por ser aplicado a todos los pueblos, es diferente al derecho internacional público contemporáneo porque este último es laico, tiene como sujetos principales a los Estados y las organizaciones internacionales, además de contar como fuente principal con los tratados. Estas diferencias son importantes y deben tenerse presentes para no caer en anacronismos respecto al *ius fetiale*.

A continuación, se analizarán la reclamación por la ofensa o daño producido por un pueblo extranjero contra el *populus romanus* (*rerum repetitio*), la declaración de guerra (*indictio belli*) y la celebración de un acuerdo (*foedus*) entre pueblos, que estaban regulados por el *ius fetiale*.

⁷⁸ Cic. *De rep.* 6. 13. 13: "...estas sociedades de hombres congregados bajo la garantía del derecho, al as que se da el nombre de ciudades". Para la versión en español, véase: CICERÓN, *Obras*, *op. cit.*, II, p. 628. Para la versión en latín, CICERÓN, *Librorum...*, *op. cit.*, p. 372.

⁷⁹ CRIFÓ, *Recensione...*, *op. cit.*, p. 519; DE VISSCHER, F. (1936). L'affaire des Fourches Caudines et la 'deditio' du droit des gens (p. 14). *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, II, Palermo: Arti Grafiche G. Castiglia; DE VISSCHER F. (1946). La deditio internationale et l'affaire des Fourches Caudines. *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 90(1), p. 84 y ss.; MÉNDEZ CHANG, *El ius...*, *cit.*, p. 43; PUGLIESE, *Appunti...* *op. cit.*, p. 6.

⁸⁰ *Liv.* 23. 10. 3: "*unum esse exsortem Punicae amicitiae foederisque secum facti, quem neque esse Campanum neque dici debere, Magium Decium; eum postulare, ut sibi dedatur ac se praesente de eo refeatur senatusque consultum fiat*". LIVI, T. (1884). *Ab urbe condita, Pars II, Libri XXI-XXX*, Edición de G. Weissenborn y M. Mueller. Leipzig.

IV. *Rerum repetitio*

Con la finalidad de lograr la solución pacífica de las controversias entre los pueblos, los *fetiales* se encargaron de reclamar formalmente (*rerum repetitio*) por la ofensa o el daño al *populus romanus* y de solicitar que se diera la reparación (*Diod. Sic.* 8. 25,⁸¹ *Liv.* 1. 32. 9, *Plut.* Numa 12. 4, *Varr.* 5. 86) dentro de un plazo, de conformidad con el *ius fetiale*.

En la Antigüedad, las controversias *inter populos* podían surgir, por ejemplo, por la ocupación de un territorio, el incumplimiento de un acuerdo (*foedus*) o el maltrato a un representante del pueblo. Cuando la ofensa o el daño se producía contra el *populus romanus*, los *fetiales* se encargaban de realizar de forma solemne el reclamo al pueblo ofensor (*Liv.* 1. 32. 5: *quod nunc fetiales habent, descripsit, quo res repetuntur*; *Cic. de offic.* 1. 36: *rebus repetitis geratur*), el que no estaba sujeto a negociación ni podía ser modificado unilateralmente.⁸² Frente a este reclamo, el pueblo requerido debía cumplir con la entrega de la reparación solicitada. Al respecto, Tito Livio narró la *rerum repetitio* que realizaron los romanos contra los latinos priscos (*Liv.* 1. 32. 5-10): “*Liv.* 1.32.6: El embajador (*legatus*), con la cabeza cubierta, llegaba a las fronteras del pueblo al que iba plantear el reclamo (*res repetuntur*) y decía: ¡Oye, Júpiter (*Audi, Iuppiter*)!

⁸¹ *Diod. Sic.* 8. 25: “[...] Pero Hostilio, el rey de los romanos, percatándose de que los albanos solo buscaban un pretexto para la guerra, ordenó a sus amigos que recibieran a los embajadores y les invitaran a ser sus huéspedes; y entretanto él mismo, evitando cualquier encuentro con los embajadores, envió emisarios a los albanos para que efectuaran reclamaciones semejantes a las de aquellos” DIODORO DE SICILIA (2004). *Biblioteca histórica, Libros IV a VIII* (p. 438). Edición de J. J. Torres Esbarranch. Madrid: Gredos.

⁸² FRANK, *The Import...*, *op. cit.*, p. 335; SANTANGELO, *The fetiales...*, *op. cit.*, p. 89; OOST, *The Fetia...*, *op. cit.*, p. 148; TURELLI, “*Audi...*”, *op. cit.*, pp. 131 y ss.

¡Oíd, límites (*audite fines*)! ¡Oye, Justicia (*fas*)! Soy el heraldo público del pueblo romano. Con razón y debidamente autorizado vengo; sea dada fe a mis palabras”.⁸³

A partir de lo anterior, se precisó que el legado o nuncio, como el justo y pío mensajero de los romanos, planteaba el reclamo contra el pueblo ofensor (*Liv. 1. 32. 5: Ego sum publicus nuntius populi Romani, iuste pieque legatus venio*), el que estaba fundado en la justicia y la religión, toda vez que la vulneración producida había roto el equilibrio que existía en las relaciones entre los hombres y con las divinidades; por ello, era necesaria su reparación. Con la cabeza cubierta con un tejido de lana (*capite velato filo lanae velamen est*) y portando hierbas sagradas como *verbena* y *sagmina* para su protección (D. 1. 8. 8. 1),⁸⁴ el *legatus* se dirigía hasta la frontera (*fines*) con el pueblo ofensor, donde expresaba de manera solemne y en voz alta el reclamo (*clarigatio*)⁸⁵ con la finalidad que lo escuchen los

⁸³ *Liv. 1. 32. 6* : “*Legatus ubi ad fines eorum venit unde res repetuntur, capite velato filo lanae velamen est: «Audi, Iuppiter» inquit; «audite, fines» - cuiuscumque gentis sunt, nominat -; «audiat fas. Ego sum publicus nuntius populi Romani; iuste pieque legatus venio, verbisque meis fides sit.» peragit deinde postulata*” *LIVI, Ab urbe..., Pars I, op. cit.*

⁸⁴ D. 1. 8. 8. 1 (*Marcianus, libro IV Regularum*): “Mas se dijo *sanctum* (santo), de *sagmen* (verbena). Pero son las verbenas ciertas yerbas (*sic*), que suelen llevar los legados del pueblo romano, para que nadie los ofenda, así como los legados de los griegos llevan lo que se llama caduceo.” “*Sanctum autem dictum est a sagminibus. Sunt autem sagmina quaedam herbae, quas legati populi Romani ferri solent, ne quis eos violaret, sicut legati Graecorum ferunt ea, quae vocantur cerycia*.” Para las normas del *Corpus Iuris Civilis*: GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889-1898). *Cuerpo del derecho civil romano a doble texto traducido al castellano del latino*, I. Barcelona: Jaime Molina.

⁸⁵ BERGER, Voce *Clarigatio*..., *op. cit.*, p. 390; BAIVE y GAURIER, *Les mythes...*, *op. cit.*, pp. 124 y ss.; RIESCO ÁLVAREZ, H. B. (1994). *Sagmina, verbenae y herbae purae. Helmántica*, 45(136-138), p. 156 y ss.

habitantes del pueblo ofensor y sus dioses, poniendo como testigos a Júpiter (*Audi, Iuppiter*), a los límites (*fines*) y al *fas*⁸⁶ (*Liv.* 1. 32. 6). El *legatus* concluía la reclamación con un juramento solemne: “Si exijo la entrega de tales hombres o tales bienes en contra de la justicia y la religión, no me permitas disfrutar nunca más de mi tierra natal” (*Liv.* 1. 32. 7).⁸⁷ Con ello, el legado afirmaba que el reclamo que presentaba por el pueblo romano era conforme a la justicia y a la religión porque, si su actuación era injusta e impía (*Si ego iniuste impieque*), él recibiría una sanción severa de naturaleza jurídico-religiosa. Cuando el *legatus* ingresaba al territorio del pueblo ofensor, repetía el reclamo a la primera persona que encontraba y continuaba haciéndolo mientras ingresaba al foro (*forum*) de esta comunidad (*Liv.* 1. 32. 8)⁸⁸ con la finalidad de dar publicidad a sus autoridades, sus habitantes y sus divinidades cuál era la reclamación del *populus romanus*. El reclamo planteado por el *legatus* requería una respuesta por parte del pueblo emplazado, que podía contar con un plazo de hasta treinta y tres días (*diebus tribus triginta*) para entregar la reparación solicitada (*Liv.* 1. 32. 9,⁸⁹ *Plut. Numa* 12. 4), de conformidad con el *ius fetiale*.

⁸⁶ El *fas* era el derecho divino, cuyas normas establecían lo que era lícito. CASTRO MASCAREÑO, O. BRANDI SINISCALCHI, S. y CHÁVEZ VÁSQUEZ, Y. (2023). El *ius* y el *fas*: De lo sagrado a lo profano. *Revista Internacional de Derecho Romano – RIDROM*, (31), pp. 98 y ss.; FUSINATO, *Dei Feziali...*, op. cit., p. 22.

⁸⁷ *Liv.* 1. 32. 7: “*Inde lovem testem facit: «Si ego iniuste impieque illos homines illasque res dedier <p.r.> mihi exposco, tum patriae compotem me nunquam siris esse»*”. LIVI, *Ab urbe...*, Pars I, op. cit.

⁸⁸ *Liv.* 1. 32. 8: “*cum finis superscandit, haec, quicumque ei primus vir obvius fuit, haec portam ingrediens, haec forum ingressus paucis verbis carminis concipiendique iuris iurandi mutatis peragit*”. LIVI, *Ab urbe...*, Pars I, op. cit.

⁸⁹ *Liv.* 1. 32. 8: “*«si non deduntur, quos exposcit, diebus tribus et triginta – tot enim sollemnes sunt – peractis bellum ita indicit»*”. LIVI, *Ab urbe...*, Pars I, op. cit.

Frente a este reclamo, el pueblo ofensor podía aceptar su responsabilidad y, en consecuencia, brindar la reparación solicitada al *populus romanus*, la que podía consistir en la entrega (*deditio*) de quienes realizaron la ofensa o de cosas (*res*), así como devolver los objetos sustraídos o un territorio. En cuanto a la entrega de individuos, por ejemplo, se realizó la *deditio* del samnita Brútulo Papio (*Liv.* 8. 39. 10-15). Asimismo, si un ciudadano romano (*civis Romanus*) cometía una ofensa o un daño contra otro pueblo, también podía ser entregado al pueblo ofendido, como sucedió con el varón consular Cayo Hostilio Mancino (*Cic. De orat.* 1. 181),⁹⁰ quien llevó a cabo un deshonesto tratado de paz con Numancia sin el consentimiento del pueblo romano. Por ello, Mancino asumió de manera personal las consecuencias de este acto ilícito y fue entregado en virtud de un senadoconsulto a los numantinos, aunque ellos no aceptaron recibirlo (*Numantinis dedidisset eumque illi non recepissent*). La entrega del ciudadano romano que cometió un daño a un legado de otro pueblo se mantuvo vigente hasta el siglo VI d. C. y es mencionada en el Digesto (D. 50. 7. 17).⁹¹ De esta manera, la reparación de la ofensa o del daño permitía volver a lograr el equilibrio y armonía en las

⁹⁰ Cic. *De orat.* 1. 181: “Así Cayo Mancino, varón consular, nobilísimo y óptimo, por haber hecho un deshonesto tratado de paz con Numancia, fue entregado por senadoconsulto a los numantinos, y ellos no le quisieron recibir.” “*Etenim si C. Mancinum, nobilissimum atque optimum virum atque consularem, cum eum propter invidiam Numantini foederis pater patratus ex s. c. Numantinis dedidisset eumque illi non recepissent*.” Para la versión en español, véase: CICERÓN, *Obras...*, op. cit., I, p. 273. Para la versión en latín: CICERÓN, M. T. (1902). *Rhetorica*, I. Edición de A. S. Wilkins. Oxford: Oxford University Press.

⁹¹ D. 50. 7. 17 (*Pomponius libro XXXVII ad Quintum Mucium*): “[...]Y así, Quinto Mucio solió responder, que el que hubiese golpeado a un legado debía ser entregado a los enemigos, de quienes eran los legados ...” “*Itaque eum, qui legatum pulsasset, Quintus Mucius dedi hostibus, quorum eran legati ...*”

relaciones entre los pueblos y con sus divinidades, restableciéndose la paz (*pax deorum*).

Otra opción era que el pueblo requerido rechazara el reclamo porque consideraba que no era responsable por la ofensa o el daño y, en consecuencia, se negara a brindar la reparación solicitada por el legado del *populus romanus*. Frente a esta respuesta negativa, correspondía al pueblo romano decidir si la reparación debía ser exigida por la fuerza, es decir, a través de la guerra, la que debía ser declarada solemnemente (*indictio belli*) según el rito fecial, como se verá más adelante.

A partir del estudio de la *rerum repetitio*, se debe destacar que el pueblo romano, en aplicación del *ius fetiale* y con la participación de los *fetiales*, buscó solucionar una controversia de manera pacífica a través de un reclamo formulado con elementos jurídico-religiosos que tenía como finalidad obtener una reparación del pueblo responsable por la ofensa o el daño, sin excluir acudir a la guerra si su reclamo no era atendido. Al hacer una comparación con el derecho internacional contemporáneo, se encuentran algunas similitudes, pero también una diferencia muy importante: no hay elementos religiosos en el ordenamiento internacional. Actualmente se puede atribuir la responsabilidad internacional a un Estado que ha vulnerado, por acción u omisión, una obligación internacional que le era exigible según lo señalado por el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (2001), sin necesidad de rituales o ceremonias religiosas. Si un Estado es responsable, deberá brindar la reparación correspondiente. En el supuesto que un Estado no quiera asumir su responsabilidad internacional, los Estados están obligados a solucionar pacíficamente sus controversias internacionales por el artículo 2, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas y, de someterse los Estados partes de la controversia, podría ser resuelta por la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, a diferencia de lo que admitía el *ius fetiale*, actualmente está prohibida la amenaza o el uso de la fuerza por el Estado en sus

relaciones internacionales según el artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas, que es considerada una norma imperativa internacional según el Informe sobre las Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) de la Comisión de Derecho Internacional de 2022.

En conclusión, la *rerum repetitio* difiere de las instituciones que existen en el derecho internacional contemporáneo.

V. *Indictio belli*

Como resaltó Polibio en sus *Historias* (*Pol.* XXVIII.157),⁹² el *populus romanus* se caracterizó por tratar de lograr la justicia en sus relaciones con otros pueblos de la Antigüedad,⁹³ presentando sus reclamos (*rerum repetitio*) con fundamentación y recurriendo a la guerra (*bellum*) como un último recurso frente a un reclamo formalmente planteado e no satisfecho injustamente por el pueblo ofensor. A partir de lo anteriormente señalado, la teoría de la hostilidad natural de Mommsen (1889)⁹⁴ resulta cuestionable porque el pueblo romano no estuvo permanentemente en guerra con otras comunidades ni ella fue el primer recurso frente a ofensas o daños causados al pueblo romano.

En cuanto a su etimología, la forma arcaica de *bellum* fue la palabra

⁹² *Pol.* XXVIII.157. POLYBIUS, *Histories...*, *op. cit.*

⁹³ ACCARDI, A. y COLA, M. (2010). Guerra e Partnership, Una riflessione sull'ambivalenza di hostis. *I Quaderni del Ramo d'Oro on-line*, (3), p. 229 y ss.; FRANK, *The Import...*, *op. cit.*, p. 335.

⁹⁴ MOMMSEN, T. (1889). *Le Droit Public Romain* (215 y ss.), VI. París: Thorin; CIMMA, M. R. (1976). *Reges Socii et Amici Populi Romani*. Milán: Giuffré, p. 23 y ss.; FUSITANO, *Dei Feziali...*, *op. cit.*, p. 8; TURELLI, "Audi...", *op. cit.*, p. 24.

*duellum*⁹⁵ (Varr. 7. 4⁹⁶ y Fest. *duellum*⁹⁷) y significó el enfrentamiento armado de dos partes. Este término también estaba relacionado con Belona (*Bellona*), hija de los dioses Júpiter y Juno, y hermana del dios Marte. Belona fue la diosa de la guerra cuyo nombre los romanos invocaban en los enfrentamientos armados como, por ejemplo, antes del inicio de la batalla del Monte Vesubio contra los latinos en 339 a. C. (Liv. 8. 9. 6). *Bellum* significó alzarse en armas contra un enemigo, aunque no se refería a cualquier uso de la fuerza entre los pueblos. Al respecto, la guerra contaba con un proceso que se iniciaba y concluía de manera formal, a través de ritos solemnes de naturaleza jurídico-religiosa regulados por el *ius fetiale* (Cic. *de offic.* 1. 36: *Ac belli quidem aequitas sanctissime fetiali populi Romani iure perscripta est*).

En cuanto al origen de la declaración formal de guerra (*bellum indicere*), Cicerón afirmó que fue establecida por el rex Tulio Hostilio (Cic. *De rep.* 2. 31: *quod per se iustissime inventum sanxit fetiali religione*) y, por su parte, Tito Livio señaló que los ritos religiosos de la guerra fueron establecidos por el siguiente rex, Anco Marcio,⁹⁸ en el año 641 a. C. (Liv. 1. 32. 5), los que estuvieron a cargo de

⁹⁵ ERNOUT y MEILLET, Voce *Bellum*, *op. cit.*, p. 68; LEWIS y SHORT, *Perduellis...*, *op. cit.*; MAGDELAIN, A. (1973). Remarques sur la Perduellio. *Historia: Zeitschrift Für Alte Geschichte*, 22(3), p. 422; SMITH, W., WAYTE, W. y MARINDIN, G. E. (1890). Voce *Majestas*. *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, Londres: Murray.

⁹⁶ Varr. 7.4: “*Perduelles dicuntur hostes; ut perfecit; sic perduellis, a per et duellum: id postea bellum. Ab eadem causa facta Duellona Bellona*”. VARRO, *On the Latin...*, *op. cit.*, p. 314.

⁹⁷ Fest. *duellum*: “*Duellum, bellum, videlicet quod duabus partibus de victoria contententibus dimicatur*”. FESTUS, S. P. (1846). *De la signification des mots* (p. 112). Edición de M. A. Savagner. París: Hachette.

⁹⁸ PENALLA, *War...*, *op. cit.*, p. 237; SANTANGELO, *The fetiales...*, *op. cit.*, p. 64.

los *fetiales*. Para que se declare la guerra, era necesario seguir varias fases sucesivas.⁹⁹

En primer lugar, debía formularse la *res repetuntur*, que consistía en el reclamo formal (*clarigatio*) de los *fetiales* por la ofensa o daño producido y el pedido de reparación correspondiente (Cic. *de offic.* 1. 36: *rebus repetitis geratur*), que se expuso en el punto anterior. Lograr la reparación era importante porque restablecería el equilibrio afectado por la actuación del pueblo ofensor.

En segundo lugar, cumplido el plazo de treinta y tres días (*Liv.* 1. 32. 9), si el pueblo ofensor no aceptaba su responsabilidad ni brindaba la reparación solicitada, los *fetiales* realizaban una declaración solemne en la que afirmaban que la denegación de reparar era injusta e impía y planteaban una amenaza de guerra (*bellum denuntiatur*) que sería consultada al pueblo romano (*Liv.* 1. 32. 10).¹⁰⁰ La fórmula ritual expresada por el *legatus* era relevante y estaba cargada de contenido religioso porque en ella invocó a los dioses Júpiter, Jano Quirino, las divinidades celestes, terrestres y del inframundo como testigos de la injusta e impía actuación del pueblo ofensor (*Liv.* 1. 32. 10, *Plut. Numa* 12. 4), que sufriría las consecuencias de lo que el pueblo romano decidiera con la finalidad de hacer efectivo su reclamo. Después de realizar la *bellum denuntiatur*, el *legatus* volvía al territorio romano.

⁹⁹ APASIEV, D. (2014). *Imperium Militiae: The Roman Military Law. Iustinianus Primus Law Review*, 5 (1), p. 4 y ss.; BELLI, A *Treatise...*, *op. cit.*, p. 78 y ss.; DAL RI, Ius..., *op. cit.*, p. 231 y ss.; OOST, *The Fetial...*, *op. cit.*, p. 148.

¹⁰⁰ *Liv.* 1. 32. 10: “Audi, Iuppiter, et tu, Iane Quirine, diique omnes caelestes vosque, terrestres, vosque, inferni, audite: ego vos testor populum illum” – quicumque est, nominat – ‘iniustum esse neque ius persolvere. Sed de istis rebus in patria maiores natu consulemus, quo pacto ius nostrum adipiscamur’. Tu mis nuntius Romam ad consulendum redit. Confestim rex his ferme verbis patres consulebat”. LIVI, *Ab urbe...*, Pars I, *op. cit.*

En tercer lugar, los *fetiales* informaban al *rex* que, pese al reclamo, el pueblo ofensor no había aceptado reparar el daño u ofensa. Para conocer la decisión del *populus romanus* sobre declarar la guerra o no contra el pueblo ofensor, el *rex* consultaba su opinión al senado (*Dion. Hal. 2. 72. 9 y Liv. 1. 32. 11*).¹⁰¹ Después de debatirlo, el senado decidía (*senatus censet*) si se recomendaba al pueblo romano ir a la guerra contra el pueblo ofensor y esta opinión era comunicada a las asambleas populares (*comitia*), quienes eran las competentes para decidir por mayoría de los votos si el pueblo romano ordenaba (*populus iubet*) ir a la guerra (*indicere bellum*) o no (*Liv. 1. 32. 12*).¹⁰² En la República, esta decisión fue tomada por *comitia centuriata* con la *lex de bello indicendo*¹⁰³ y, posteriormente, pasó a ser decidida por el Senado.¹⁰⁴

¹⁰¹ Liv. 1. 32. 11: “*quarum rerum, litium, causarum condixit pater patratus populi Romani Quiritium patri patrato Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis, quas res nec dederunt nec solverunt nec fecerunt, quas res dari, solvi, fieri oportuit, die' inquit ei, quem primum sententiam rogabat, 'quid censes?'*” LIVI, *Ab urbe...*, Pars I, op. cit.

¹⁰² Liv. 1. 32. 12: “*tum ille : 'puro pioque duello quaerendas censeo itaque consentio consciscoque'. Inde ordine alii rogabantur ; quandoque pars maiour eorum, qui aderant, in eandem sententiam ibat, bellum erat consensus. Fieri solitum, ut fetialis hastam ferratam aut sanguineam praeustam ad fines eorum ferret et non minus tribus pueribus praesentibus diceret*”. LIVI, *Ab urbe...*, Pars I, op. cit.

¹⁰³ BERGER, voce *Lex di bello indicendo...*, op. cit., p. 550.

¹⁰⁴ ABBOTT, F. F. (1963). *A History and description of Roman political institutions* (p. 179). 3ª edición. Nueva York: Biblis & Tannen; BAVIERA, G. (1898). *Il diritto internazionale dei Romani* (p. 52). Modena: Direzione dell'Archivio giuridico; BERGER, voce *Bellum...*, op. cit., p. 372; BRYCE, J. (1980). *Studies in History and Jurisprudence* (p. 75), II, Aalen: Scientia Verlag; DE VISSCHER, *L'affaire...*, op. cit., p. 17; MAGDELAIN, *Essai...*, op. cit., p. 7; MASI, *Foedus...*, op. cit., p. 420 y ss.; MOMMSEN, T. (1973). *Disegno del Diritto Pubblico Romano* (p. 348). 2ª edición. Milán: Giuffré; OOST, *The Fetal...*, op. cit., p. 148; SERAFINI, E. (1896). *Il Diritto Pubblico Romano* (p. 426), I, Pisa: Mariotti.

Cuando el *populus romanus* tomaba la decisión de ir a la guerra contra el pueblo ofensor para obtener la reparación, los *fetiales* estaban a cargo de los rituales religiosos¹⁰⁵ (*bellicae caerimoniae*) y llevaban a cabo la declaración formal de guerra (Cic. *De leg.* 2.9: ... *belli indotiarum ... bella disceptanto*) con los elementos religiosos y jurídicos establecidos por el *ius fetiale* (Liv. 8. 9. 6-7). Para ello, el *pater patratus*, con la cabeza cubierta y portando varios símbolos sagrados (Liv. 8. 9. 5),¹⁰⁶ caminaba hasta la frontera de Roma y, de conformidad con el *ius fetiale*, hablaba con viva voz y arrojaba una lanza ritual de punta de hierro y cubierta de sangre en el territorio de este pueblo ofensor (Liv. 1. 32. 12: *ut fetialis hastam ferratam aut sanguineam praeustam ad fines eorum ferret*). De esta manera, se realizaba formalmente la declaración de guerra (*indictio belli*) al pueblo ofensor (Liv. 1. 32. 13)¹⁰⁷ que, en consecuencia, se volvía en enemigo del *populus Romanus*. Tito Livio narró la *indictio belli* del

¹⁰⁵ DAL RI, *Ius...*, op. cit., p. 37 y ss.; FUSINATO, *Dei Fetiales...*, op. cit., p. 34; PIQUER-MARI, J. M. (2012). Consideraciones sobre la formación del botín de guerra como res in patrimonio populi: de la monarquía a la época proto-republicana. *Revista de Derecho UNED*, (10), p. 505; SAMBRIAN, *Fetial...*, op. cit., p. 430 y ss. Además, la experiencia de los *fetiales* en los rituales religiosos fue registrada según la interpretación de Santangelo del texto de Festo: “Fest. 178. 3. L: [Nuntius et in re ipsa et] in persona dicitur [...ut nuntius] allat us est: qu[...in Com]metaris fet[ialium]”. SANTANGELO, *The fetiales...*, op. cit., p. 77.

¹⁰⁶ Liv. 8. 9. 5: “et velato capite, manu subter togam ad mentum exserta, super telum subiectum pedibus stantem sic dicere” LIVI, *Ab urbe...*, Pars I, op. cit.

¹⁰⁷ Liv. 1. 32. 13: “... quod populus Romanus Quiritium bellum cum Priscis Latinis iusseret esse senatusque populi Romani Quiritium censuit ; consensit, conscivit, ut bellum cum Priscis Latinis fieret, ob eam rem ego populusque Romanus populis Priscorum Latinorum hominisbusque Priscis latinis bellum indico facioque. Id ubi dixisset, hastam in fines eorum emittebat”. LIVI, *Ab urbe...*, Pars I, op. cit.

pueblo romano contra los latinos priscos (*Liv.* 1. 32. 14),¹⁰⁸ donde se invocaron a los dioses:

Liv. 8. 9. 6-7: “6. *Iane, Iuppiter, Mars pater, Quirine, Bellona, Lares, divi Novensiles, di Indigetes, divi, quorum est potestas nostrorum hostiumque* 7. *dique Manes, vos precor, veneror peto oroque, uti populo Romano Quiritium vim victoriamque prosperitis hostesque populi Romani Quiritium terrore, formidine morteque adficiatis*”.¹⁰⁹

Es interesante constatar que se invocaron a los principales dioses romanos como Júpiter, Jano y Marte (quienes formaron la Tríada Capitolina arcaica), Quirino, Belona, Lares y Manes (divinidades domésticas), entre otros. Respecto a *Ianus* (Jano), era un dios bifronte (*Virg. Aen.* 7. 170: *Ianique bifrontis imago*) encargado de proteger al pueblo romano y, en tiempos de guerra, su templo abría sus puertas y las cerraba cuando ésta terminaba porque la divinidad regresaba del campo de batalla (*D. l. Lat.* 5. 165: *ut sit aperta semper, nisi cum bellum sit nusquam*; *Liv.* 1. 19. 2;¹¹⁰ *Virg. Aen.* 7. 170). La invocación a los dioses (*testatio deorum*)¹¹¹ tenía una doble finalidad: de un lado,

¹⁰⁸ *Liv.* 1. 32. 14: “*hoc tum modo ab Latinis repetitae res ac bellum indictum, moremque eum posteri acceperunt*”. LIVI, *Ab urbe...*, *Pars I*, *op. cit.*; BERGER, *Voce Indictio belli...*, *op. cit.*, p. 499. No obstante, Santangelo cuestiona que las declaraciones de guerra se hayan llevado a cabo efectivamente con los ritos religioso-jurídicos descritos en las fuentes literarias o históricas y por los *fetiales* durante la República: SANTANGELO, *The fetiales...*, *op. cit.*, p. 65.

¹⁰⁹ *Liv.* 8. 9. 6-7: LIVI, *Ab urbe...*, *Pars I*, *op. cit.*

¹¹⁰ *Liv.* 1. 19. 2: “*Ianum ad infimum Argiletum indicem pacis bellique fecit, apertus ut in armis esse civitatem, clausus pacatos circa omnes populos significaret*”. LIVI, *Ab urbe...*, *Pars I*, *op. cit.*

¹¹¹ DAL RI, *Ius...*, *op. cit.*, p. 252; SAMBRIAN, *Fetial...*, *op. cit.*, p. 429.

se suplicaba (*precor*) a las divinidades para que el *populus romanus* prospere por contar con el poder y la victoria, y de otro lado, se buscaba que los dioses infrinjan terror, espanto y muerte a sus enemigos para que sean vencidos en la batalla. La guerra que era formalmente declarada era considerada justa y pía (Cic. *De rep.* 2. 31, Cic. *de offic.* I. 36).¹¹² De conformidad con el *ius fetiale*, la declaración de guerra se llevó a cabo contra los pueblos, incluso aquellos que estaban ubicados fuera de la península itálica como, por ejemplo, contra Filipo V de Macedonia en 200 a. C. (*Liv.* 31. 8. 3)¹¹³ y contra Antíoco III de Siria en 191 a. C. (*Liv.* 36. 3. 7-12).¹¹⁴

Hacia el siglo III a. C., se modificó el orden de las fases para

¹¹² Cic. *de offic.* I. 36: “Ac belli quidem aequitas sanctissime fetiali populi Romani iure perscripta est. Ex quo intellegi potest nullum bellum esse iustum, nisi quod aut rebus repetitis geratur aut denuntiatur ante sit et indictum”. CICERÓN, *De Officiis...*, op. cit.

¹¹³ Liv. 31. 8. 3: “consultique fetiales ab consule Sulpicio, bellum quod indiceretur regi Philippo utrum ipsi utique nuntiari iuberent, an satis esset in finibus regni quod proximum praesidium esset eo nuntiari. fetiales decreverunt utrum eorum fecis set recte facturum”. LIVI, T. (1911). *Ab urbe condita, Pars III, Libri XXXI-XL*. Edición de G. Weissenborn y M. Mueller. Leipzig: Veissenborn.

¹¹⁴ Liv. 36. 3. 7-12: “7. Consul deinde M. Acilius ex senatus consulto ad collegium fetialium rettulit, ipsine utique regi Antiocho indiceretur bellum, an satis esset ad praesidium aliquod eius nuntiari; 8. et num Aetolis quoque separatim indici iuberent bellum, et num prius societas et amicitia eis renuntianda esset quam bellum indicendum; 9. Fetiales responderunt iam ante sese, cum de Philippo consulerentur, decrevisse nihil referre ipsi coram an ad praesidium nuntiaretur; 10. amicitiam renuntiatam videri, cum legatis totiens repetentibus res nec reddi nec satisfieri aequum censuissent; 11. Aetolos ultro sibi bellum indixisse, cum Demetriadem, sociorum urbem; 12. per vim occupassent, Chalcidem terra marique oppugnatum issent, regem Antiochum in Europam ad bellum populo Romano inferendum traduxissent”. LIVI, *Ab urbe...*, Pars III, op. cit.

declarar la guerra porque los *legati* senatoriales fueron autorizados previamente por el senado y el pueblo romano para transmitir la declaración de guerra, en caso de que el pueblo ofensor respondiera negativamente al reclamo planteado. Por ello, las fases sucesivas que se aplicaron desde la República hasta el siglo II d. C. durante el Principado fueron: *senatus censet, populus iubet, res repetuntur, bellum denuntiatur, bellum indicitur*, contando con evidencia de la realización de la *indictio belli* hasta el reinado del emperador Marco Aurelio.¹¹⁵

En cuanto al lugar donde se realizaba esta ceremonia, hay referencias que estos ritos se celebraban ante el templo de Bellona en las declaraciones de guerra realizadas contra Marco Antonio y Cleopatra VII Philopator de Egipto en el año 32 a. C. (*Cassius Dio*, 50. 4. 4), en los tiempos de Claudio (Suetonio, *Claudius*, 25. 5) y contra los marcomanos en 178 d. C. durante el gobierno del emperador Marco Aurelio (*Cassius Dio*, 72. 33. 2).

A partir de lo anteriormente mencionado, se ha constatado que era necesario haber formulado el reclamo por la ofensa o daño causado al *populus romanus* (*rerum repetitio*) antes de la declaración formal de guerra (*indictio belli*), la que debía llevarse a cabo por los *fetiales* con una escrupulosa observancia de los ritos correspondientes para que sea considerada justa y pía (*iustum piumque bellum*)¹¹⁶ frente a los hombres y los dioses, quienes eran invocados en la fórmula ritual (Cic. *de offic.* 1. 36: *nullum bellum esse iustum, nisi quod aut*

¹¹⁵ OOST, *The Fetial...*, *op. cit.*, p.147 y ss.

¹¹⁶ ACCARDIA y COLA, *Guerra...*, *op. cit.*, p. 229 y ss.; AMATO, *Merito...*, *op. cit.*, p. 11; BLAIVE y GAURIER *Les mythes...*, *op. cit.*, p. 139; DAL RI, *Ius...*, *op. cit.*, p. 210; FRANK, *The Import...*, *op. cit.*, p. 336; FUSINATO, *Dei Feziali...*, *op. cit.*, p. 80; TURELLI, *Fetialis...*, *op. cit.*, p. 477; ORTU, R. (2005). La guerra tra economia e diritto nella antica Roma. *Diritto@Storia*, (4).

rebus repetitis geratur aut denuntiatur ante sit et indictum;¹¹⁷ Liv. 8. 9. 6-7; Varr. 5. 86: *fetiales ... nam per hos fiebat ut iustum conciperetur bellum*). Si la guerra no era declarada de conformidad con lo establecido por el *ius fetiale*, era injusta e impía (Cic. *De rep.* 2. 31: *id iniustum esse atque impium iudicaretur*; Plut. *Numa* 12. 5). Al respecto, es necesario precisar que la observancia de los rituales del *ius fetiale* no era una mera formalidad porque éstos daban una fundamentación jurídico-religiosa al reclamo contra el pueblo ofensor.¹¹⁸ Al respecto, Marco Atilio Régulo, quien fue derrotado en los llanos del río Bagradas hacia el año 255 a. C. durante la Primera Guerra Púnica y regresó a Roma como cautivo de los cartagineses, afirmó que el *populus romanus* no debía faltar al juramento y reglas de la guerra porque, al habérsele declarado la guerra según el *ius fetiale*, el pueblo cartaginés era un enemigo justo y legítimo (Cic. *De off.* 3. 108: *Cum iusto enim et legitimo hoste res gerebatur, adversus quem et totum ius fetiale et multa sunt iura communia*); en el supuesto de no cumplirlas, esto sería injusto e impío (Cic. *De rep.* 2. 31; Plut. *Numa* 12. 5).

La declaración de guerra tenía varias consecuencias jurídico-religiosas, entre las que se debe destacar que el pueblo ofensor se convertía en enemigo de guerra (*perduelles*, después *hostes*)¹¹⁹ del

¹¹⁷ Cic. *de offic.* 1. 36: “Ac belli quidem aequitas sanctissime fetiali populi Romani iure perscripta est. Ex quo intellegi potest nullum bellum esse iustum, nisi quod aut rebus repetitis geratur aut denuntiatur ante sit et indictum”. CICERO, *De Officiis...*, op. cit.

¹¹⁸ AMATO, *Merito...*, op. cit., p. 10 y ss.; BAVIERA, *I feziali...*, op. cit., p. 28; FRANK, *The Import...*, op. cit., p. 340 y ss.

¹¹⁹ ACCARDI y COLA, *Guerra...*, op. cit., p. 230; BOUDOU, B. (2013). Ennemis, hôtes et étrangers. Enquête sur les identités politiques grecque et romaine. *Mots, Les langages du politique*, (101), p. 129; CALORE, A. (2012). Hostis e il primato del diritto. *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, IV Serie, (2), p. 125; CAHUEAU, *Le Droit...*, op. cit., p. 421 y ss., p. 339; DAL RI, A. y DAL RI, L. (2013).

populus romanus (Cic. *De off.* 1. 37. 12;¹²⁰ Varr. 5. 3),¹²¹ significado que se mantuvo en el Digesto (D. 49. 15. 24;¹²² D. 50. 16. 234. pr.).¹²³ Pese a ser enemigos de guerra (*hostes*), se les aplicaban los *multa communia iura*, que contenían las normas del *ius fetiale* y del *ius gentium* respectivamente. Por ejemplo, los enemigos de guerra

Civis, hostis ac peregrinus – Representações da condição de homem livre no "ordo iuris" da Roma Antiga. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, 18(2), p. 328 y ss.; MAGDELAINE, *Remarques...*, *op. cit.*, p. 406 y ss.; MÉNDEZ CHANG, E. (2021). *Hostis: de extranjero a enemigo en el derecho romano*. En M. B. Álvarez y N. D. Rinaldi (Eds.). *Actas del VII Congreso de Principios Generales y Derecho Romano 2020* (p. 46 y ss.). Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores; PATIÑO-AMOR, A. (2020). Adquisición de la propiedad del patrimonio del enemigo en época romana. *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, Universidad de Castilla La Mancha*, (15), p. 10; ORTU, *La guerra...*, *op. cit.*

¹²⁰ Cic. *De off.* 1. 37. 12: "*Equidem etiam illud animadverto, quod, qui proprio nomine perduellis esset, is hostis vocaretur. [...] Quid ad hanc mansuetudinem addi potest, eum, quicum bellum gerat, tam molli nomine appellare? Quamquam id nomen durius effect iam vetustas: a peregrino enim recessit et proprie in eo, qui arma contra ferret, remansit*" CICERO, *De Officiis...*, *op. cit.*

¹²¹ Varr. 5. 3: "... neque omnis origo est nostrae linguae e vernaculis verbis, et multa verba aliud nunc ostendunt, aliud ante significabant, ut hostis: nam turn eo verbo dicebant peregrinum qui suis legibus uteretur, nunc dicunt eum quem tum dicebant perduellem". VARRO, *On the Latin...*, *op. cit.*, p. 4.

¹²² D. 49. 15. 24: "Son enemigos aquellos a quienes el pueblo romano declaró públicamente la guerra, ó los que se la declararon al pueblo romano." "*Hostes sunt, quibus bellum publice Populus Romanus decrevit, vel ipsi Populo Romano*"

¹²³ D. 50. 16. 234. pr.: "A los que nosotros llamamos «enemigos» los llamaban los antiguos *perduelles* [enemigos públicos], indicando con esta adición aquellos con quienes se estaba en guerra." "*Quos nos «hostes» appellamus, eos veteres «perduelles» appellabant, per eam adiectionem indicantes, cum quibus bellum esset*."

capturados por los romanos se convertían en sus esclavos¹²⁴ y las cosas del enemigo podían ser ocupadas¹²⁵. Si bien el uso de la fuerza militar contra el pueblo enemigo estaba permitido en una guerra declarada, hubo límites para las acciones militares que se podían llevar a cabo.¹²⁶

La guerra concluía formalmente cuando el pueblo enemigo era vencido o se celebraba un acuerdo (*foedus*) según el *ius fetiale* (Varr. 5. 86: *et inde desitum, ut foedere fides pacis constitueretur*). De esta manera, se cerraba el proceso iniciado con la declaración de guerra y se llegaba a la paz en las relaciones del *populus romanus* con los demás pueblos.

A modo de conclusión, la declaración de guerra (*indictio belli*) se produjo solemnemente después que el pueblo romano tomara la decisión y los sacerdotes feciales plantearan formalmente un reclamo

¹²⁴ BARBATI, S. (2023). Il postliminio di Ostilio Mancino. *Journal on European History of Law (JEHL)*, 14(2), p. 192 y ss.; BELLI, A *Treatise...*, *op. cit.*, p. 85 y ss.; DAMATI, L. (2013). *Servitus del civis ab hostibus captus*, Ancora una riflessione. *Legal Roots (LR)*, *The International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law*, (2), p. 326; MÉNDEZ CHANG, *Hostis...*, *op. cit.*, p. 62 y ss.; PATIÑO-AMOR, *Adquisición...*, *op. cit.*, p. 19; PHILLIMORE, R. (1857). De captivis et postliminio, et redemptis ab hostibus. *Commentaries upon International Law* (p. 533 y ss.). Philadelphia: T. & J. W. Johnson.

¹²⁵ CHURCHIL, J. B. (1999). *Ex qua quod vellent facerent: Roman Magistrates' Authority over Praeda and manubiae*. *Transactions of the American Philological Association (1974-2014)*, (129), p. 89 y ss.; MÉNDEZ CHANG, *Hostis...*, *op. cit.*, p. 62 y ss.; PATIÑO-AMOR, *Adquisición...*, *op. cit.*, p. 15 y ss.; PIQUE-MARI, *Consideraciones...*, *op. cit.*, p. 499 y ss.

¹²⁶ PÉREZ CARRANDI, *Notas...*, *op. cit.*, p. 235; SANTANGELO, *The fetiales...*, *op. cit.*, p. 92. Los límites en las acciones dentro del marco de una guerra y las consecuencias jurídicas de la vulneración de las obligaciones en el marco de una guerra es un tema muy interesante, pero no será abordado en este artículo.

por la ofensa o el daño causado (*rerum repetitio*), reclamo que fue considerado indispensable para que esta declaración se llevara a cabo. Cumplidas las formalidades jurídico-religiosas establecidas por el *ius fetiale*, la guerra declarada era justa y pía (*iustum piumpque*).

Lo señalado sobre la declaración de guerra según el *ius fetiale* difiere de lo establecido en el derecho internacional contemporáneo: en este último, una norma imperativa (*ius cogens*) de fundamental importancia es la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza por el Estado en sus relaciones internacionales, principio que se encuentra recogido en el artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas y que entró en vigor después del final de la Segunda Guerra Mundial. A diferencia de lo que establecía el artículo 12 del Pacto de la Sociedad de Naciones,¹²⁷ la guerra no es el último recurso del Estado para solucionar una controversia internacional porque está obligado a hacerlo a través de medios pacíficos (artículo 2, párrafo 3 de la Carta de las Naciones Unidas). La prohibición actual impide que un Estado pueda declarar la guerra a otro y, en caso de hacerlo, incurriría en responsabilidad internacional agravada. En el supuesto que se planteara que la *indictio belli* es el ejercicio de la legítima defensa, ello sería cuestionable porque, si bien ésta es una excepción a la prohibición del uso de la fuerza (artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas), no requiere una declaración de guerra; es decir,

¹²⁷ Artículo 12 del Pacto de la Sociedad de Naciones: “Todos los Miembros de la Sociedad convienen en que, si surge entre ellos algún desacuerdo capaz de ocasionar una ruptura, lo someterán al procedimiento de arbitraje o al examen del Consejo. Convienen además en que en ningún caso deberán recurrir a la guerra antes de que haya transcurrido un plazo de tres meses después de la sentencia de los árbitros o del dictamen del Consejo. En todos los casos previstos por el presente artículo, el fallo de los árbitros deberá producirse dentro de un plazo prudencial, y el informe del Consejo deberá expedirse dentro de los seis meses de haberle sido sometida la divergencia.”

la legítima defensa es un uso de la fuerza militar que se caracteriza por su carácter extraordinario, necesidad e inmediatez, que busca repeler un ataque armado previo y no es un mecanismo de solución de controversias internacionales para reclamar una reparación. Por ello, la legítima defensa no resulta similar a la declaración de guerra del *ius fetiale*, en el que se otorgaban hasta treinta y tres días para que el pueblo ofensor decidiera si cumple con otorgar la reparación solicitada por el pueblo romano o no. Adicionalmente, la declaración de guerra como atribución del presidente de la República, que se encuentra regulada en algunos ordenamientos internos como, por ejemplo, en el artículo 75, numeral 25, de la Constitución de la Nación Argentina de 1994¹²⁸ y en el artículo 118, numeral 16, de la Constitución Política del Perú de 1993,¹²⁹ no es conforme al derecho internacional desde 1945 porque el Estado tiene prohibido el uso de la fuerza en sus relaciones internacionales.

En conclusión, si bien el *populus romanus* pudo declarar la guerra a un pueblo que le había producido una ofensa o daño y se negaba a repararlo, ello está prohibido en el derecho internacional contemporáneo.

VI. Celebración del *foedus*

Una función importante de los *fetiales* fue participar en los rituales establecidos por el *ius fetiale* para la celebración del *foedus*

¹²⁸ Artículo 75 de la Constitución de la Nación Argentina de 1994: “Corresponde al Congreso: (...) 25. Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz”.

¹²⁹ Artículo 118, numeral 16, de la Constitución Política del Perú de 1993: “Corresponde al presidente de la República: (...) 16. Declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso”.

(acuerdo) que vinculaba al *populus romanus* con los otros pueblos (Cic. *De leg.* 2. 9, Varr. 5. 86: *per hos etiam nunc fit foedus*).

Foedus era el acuerdo que vinculaba a los pueblos (*inter populos*) por la *fides*, cuya finalidad era lograr la *pia et aeterna pax*.¹³⁰ A través de sacrificios y juramentos solemnes de naturaleza jurídico-religiosa, el *populus romanus* se comprometía con otro pueblo frente sus dioses tutelares y, por ello, el *foedus* era sagrado, inviolable e inmutable.¹³¹

Para la celebración del *foedus*, era indispensable que el pueblo romano haya decidido llevarlo a cabo. Luego, los *fetiales* tenían a su cargo los rituales correspondientes según el *ius fetiale* (Liv. 9. 5. 1:¹³² *iniussu populi foedus fieri posse nec sine fetialibus caerimoniaque alia sollemni*). Es importante señalar que el *populus romanus* se obligaba solamente cuando había consentido en celebrar un *foedus*¹³³ (Liv. 9. 5. 1; Liv. 9. 8. 5;¹³⁴ Cic. *Pro Balb.*, 15); en consecuencia, los *fetiales*

¹³⁰ BAVIERA, *I feziali...*, op. cit., p. 44; BERGER, Voce *Foedus...*, op. cit., p. 474; ERNOUT y MEILLET, Voce *Foedus...*, op. cit., p. 243; LEWIS y SHORT, *Foedus...*, op. cit.; TURELLI, “Audi...” op. cit., p. 55 y ss. En las fuentes, también se menciona que se habría celebrado un *foedus* entre ciudadanos romanos sin las formalidades del *ius fetiale* como, por ejemplo, el acuerdo de los conjurados de Catilina (Cic. *Cat.* 1. 33). Sin embargo, el significado de *foedus* como acuerdo entre privados no será desarrollado en este artículo.

¹³¹ FRANK, *The Import...*, op. cit., p. 337; TURELLI, “Audi...” op. cit., p. 59.

¹³² Liv. 9. 5. 1: “*consules profecti ad Pontium in conloquium, cum de foedere victor agitare, negarunt iniussu populi foedus fieri posse nec sine fetialibus caerimoniaque alia sollemni*”. LIVI, *Ab urbe...*, Pars I, op. cit.

¹³³ ABBOTT, *A History...*, op. cit., p. 179; BAVIERA, *Il diritto...*, p. 52; BRICE, *Studies...*, op. cit., p. 75; DE VISSCHER, *L'affaire...*, op. cit., p. 17; MAGDELAIN, *Essai...*, op. cit., p. 7; MASI, *Foedus...*, op. cit., p. 420 y ss.; MOMMSEN, *Disegno...*, op. cit., p. 348; SERAFINI, *Il Diritto...*, op. cit., p. 426.

¹³⁴ Liv. 9. 8. 5: “*qua tamen, quando iniussu populi facta est, non tenetur populus Romanus, nec quicquam ex ea praeterquam corpora nostra debentur Samnitibus*”.

podían llevar a cabo los rituales siempre que contaran con el mandato del pueblo romano (*iussum populi*). En el supuesto caso de que los *fetiales* actuaran por su cuenta y celebraran un acuerdo sin contar con el consentimiento del *populus romanus*, este último no estaría vinculado y, por ello, los sacerdotes asumían de manera personal las consecuencias jurídico-religiosas de haberlo realizado. En esa misma línea, cuando un acuerdo era concluido por magistrados o jefes militares sin contar con el mandato del pueblo romano como, por ejemplo, en la llamada *sponsio* “internacional”, técnicamente éste no era un *foedus*. Por lo tanto, no debía contar con la participación de los *fetiales* ni obligaba al *populus romanus*; quien lo realizó era personalmente responsable por las consecuencias correspondientes.¹³⁵

Tito Livio afirmó que el proceso de celebración fue el mismo para los distintos acuerdos (*foedera*) que el pueblo romano concluyó con otras comunidades (Liv. 1. 24. 4: *foedera alia aliis legibus, ceterum eodem modo omnia fiunt*), aunque los términos de éstos diferían en atención a lo que habían pactado las partes. Sobre el contenido del *foedus*, no establecía derechos y obligaciones recíprocas entre los pueblos, tampoco colocaba a las partes en un plano de igualdad. De manera excepcional, Roma y los pueblos latinos aceptaron otorgarse recíprocamente los mismos derechos en el *Foedus Cassianum*.¹³⁶ Sin embargo, con el creciente liderazgo y supremacía romana en Europa y en el área del Mediterráneo, el tratamiento a sus aliados fue diferente al otorgado a los pueblos sometidos, estableciéndose distintas obligaciones, por ejemplo, el tratamiento otorgado a los

LIVI, *Ab urbe...*, Pars I, op. cit.

¹³⁵ DE VISSCHER, *La deditio...*, op. cit., p. 82 y ss.; ILARI, *Trattato...*, op. cit., p. 1338 y ss.; MAGDELAINE, *Essai...*, op. cit., p. 75 y ss.; MÉNDEZ CHANG, *El lus...*, op. cit., p. 48 y ss.; MOMMSEN, *Disegno...*, op. cit., p. 348; WATSON, *International...*, op. cit., p. 35.

¹³⁶ MOMMSEN, T. (1960). *Historia de Roma* (53 y ss.). Buenos Aires: Joaquín Gil.

ciudadanos de Atenas o Micenas fue más favorable que el brindado a los bárbaros.¹³⁷ Asimismo, las fórmulas religiosas utilizadas en los rituales podían ser distintas (*Liv.* 1. 24. 6: *multisque id verbis, quae longo effata carmine non operae est referre, peragit*) porque cada pueblo empleaba las suyas y su juramento solemne estaba dirigido a sus dioses tutelares. Los elementos religioso-formales del rito fecial para celebrar el *foedus*, que se remontan a la etapa de la monarquía en Roma, eran significativos y relevantes¹³⁸ para establecer el vínculo jurídico-religioso entre los pueblos. Entre ellos, se destacan la oralidad, el uso de hierbas sagradas (*verbena, sagmina, herbae purae*),¹³⁹ el juramento solemne, el sacrificio y la invocación a los dioses de las partes.

El proceso de celebración del *foedus* contó con tres fases.¹⁴⁰ La primera era la investidura del *fetialis verbenarius* por el *rex*. Para ello, el sacerdote fecial preguntaba al *rex* si le ordenaba celebrar un tratado según lo que había decidido el pueblo romano (*iussum populi*)¹⁴¹ y, con su respuesta afirmativa, tomaba las hierbas sagradas del Capitolio

¹³⁷ CIMMA, *Reges...*, *op. cit.*, p. 258; LEMOSSE, M. (1967). *Le régime des relations internationales dans le haut-empire romain* (p. 17). París: Sirey.

¹³⁸ BUCKLAND, W. W. (1939). *Ritual acts and words in Roman Law. Festschrift Paul Koschaker* (p. 16). I. Weimar: Bohlaus; LONIS, R. (1969). *Les usages de la guerre entre grecs et barbares* (p. 132). París: Les Belles Lettres.

¹³⁹ RIESCO ÁLVAREZ, *Sagmina...*, *op. cit.*, p. 153 y ss.

¹⁴⁰ TURELLI, G. “Audi...”, *op. cit.*, p. 471. Un planteamiento crítico está en RICHARDSON, *The Development...*, *op. cit.*, p. 251 y ss.

¹⁴¹ ABBOTT, *A History...*, *op. cit.*, p. 235; BAVIERA, *Il diritto...*, *op. cit.*, p. 52; BRYCE, *Studies...*, *op. cit.*, p. 75; DE VISSCHER, *L'affaire...*, *op. cit.*, p. 17; DE VISSCHER, *La deditio...*, *op. cit.*, p. 82 y ss.; FRANK, *The Import...*, *op. cit.*, p. 337; MAGDELAIN, *Essai...*, *op. cit.*, p. 7; MOMMSEN, *Disegno...*, *op. cit.*, p. 348; SERAFINI, *Il Diritto...*, *op. cit.*, p. 426.

e iniciaba el ritual correspondiente (*Liv.* 1. 24.4-5).^{142, 143} En la República, el pueblo romano continuó decidiendo si se celebraba el *foedus* o no, pero el *rex* no participó.

La segunda fase era la consagración religiosa del *pater patratus* por el *fetialis verbenarius*, quien le entregaba ramilletes elaborados con *verbena*, hierba sagrada que tenía como finalidad purificarlo y volverlo sagrado. Con ello, el *pater patratus* actuaba como mensajero del pueblo romano (*nuntium populi Romani Quiritium*)¹⁴⁴ y se comprometía a llevar adelante la celebración del *foedus* para vincular a ambos pueblos (*Liv.* 1. 24. 6)¹⁴⁵ de conformidad con el *ius fetiale*.

Finalmente, la última fase era el perfeccionamiento del *foedus* y, en ella, se destaca el momento en que el *pater patratus* del *populus romanus* hacía la invocación al dios Júpiter (*Audi, Iuppiter*), vértice del panteón romano, y se dirigía también al *pater patratus* del pueblo con el que se celebraría el acuerdo y a dicho pueblo (*Liv.* 1. 24. 7).¹⁴⁶ Después, se mencionaba el contenido del *foedus* y se hacía un

¹⁴² *Liv.* 1. 24. 4: “foedera alia aliis legibus, ceterum eodem modo omnia fiunt. tum ita factum accepimus, nec ullius vetustior foederis memoria est. fetialis regem Tullum ita rogavit: ‘iubesne me, rex, cum patre patrato populi Albani foedus ferire?’ iubente rege ‘sagmina’ inquit ‘te, rex, posco’”. LIVI, *Ab urbe...*, Pars I, op. cit.

¹⁴³ *Liv.* 1. 24. 5: “rex ait: ‘puram tollito.’ fetialis ex arce graminis herbam puram attulit. postea regem ita rogavit: ‘rex, facisne me tu regium nuntium populi Romani Quiritium, vasa comitesque meos?’ rex respondit: ‘quod sine fraude mea populi que Romani Quiritium fiat, facio’”. LIVI, *Ab urbe...*, Pars I, op. cit.

¹⁴⁴ RIESCO ÁLVAREZ, *Sagmina...*, op. cit., p. 163.

¹⁴⁵ *Liv.* 1. 24. 6: “fetialis erat M. Valerius; is patrem patratum Sp. Fusium fecit verbera caput capillosque tangens. pater patratus ad ius iurandum patrandum id est sanciendum fit foedus multisque id verbis, quae longo effata carmine non operae est referre, peragit”. LIVI, *Ab urbe...*, Pars I, op. cit.

¹⁴⁶ *Liv.* 1. 24. 7: “Legibus deinde recitatis ‘audi’ inquit, ‘Iuppiter, audi, pater patrato populi Albani, audi tu, populus Albanus: ut illa palam prima postrema ex illis tabulis

juramento solemne de cumplirlo (*Liv.* 1. 24. 8),¹⁴⁷ precisando que recaería un castigo severo en caso de incumplimiento o vulneración de lo acordado. Por su parte, el *pater patratus* del otro pueblo también llevaba a cabo los rituales correspondientes, invocando a sus dioses y realizando el juramento correspondiente que vinculaba a su pueblo. Esta fase concluía con el sacrificio ritual de un cerdo (*Liv.* 1. 24. 9:¹⁴⁸ *porcum saxo silice percussit*), con lo cual los pueblos y sus habitantes quedaban vinculados mientras sus divinidades eran las garantes del cumplimiento del *foedus*.¹⁴⁹ Por ello, el acuerdo era *sacrosanctum* (sacrosanto).

Si bien la celebración del *foedus inter populos* cuenta con algunos elementos que pueden parecer similares a un tratado,¹⁵⁰ que es una

cerave recitata sunt sine dolo malo utique ea hic hodie rectissime, intellecta sunt, illis legibus populus Romanus prior non deficiet.” LIVI, *Ab urbe...*, Pars I, op. cit.

¹⁴⁷ *Liv.* 1. 24. 8: “*si prior defexit publico consilio dolo malo, tum illo die, Diespiter, populum Romanum sic ferito, ut ego hunc porcum hic hodie feriam; tantoque magis ferito, quanto magis potes pollesque*.” LIVI, *Ab urbe...*, Pars I, op. cit.

¹⁴⁸ *Liv.* 1. 24. 9: “*id ubi dixit, porcum saxo silice percussit. sua item carmina Albani suumque ius iurandum per suum dictatorem suosque sacerdotes peregerunt*.” LIVI, *Ab urbe...*, Pars I, op. cit.

¹⁴⁹ BAVIERA, *Il diritto...*, op. cit., p. 51; DAL RI, *lus...*, op. cit., p. 247; EGGER, E. (1866). *Études historiques sur les traités publics chez les grecs et chez les romains* (p. 22 y ss.). 9ª ed., Paris: A. Durand; FERRARI, *Fetialis...*, op. cit., p. 255; LONIS, *Les usages...*, op. cit., p. 127; MASI, *Foedus...*, op. cit., p. 421; MÉNDEZ CHANG, *El lus...*, op. cit., p. 46; PUGLIESE, *Appunti...*, op. cit., p. 20; TURELLI, “*Audi...*”, op. cit., p. 471 y ss.

¹⁵⁰ BAVIERA, *Il diritto...*, op. cit., p. 152; HELLEGOUARC'H, J. (1963). *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la république* (p. 49). Paris: Les Belles Lettres.; ILARI, *Trattato...*, op. cit., p. 1335; PANEBIANCO, M. (1992). *Voce Trattato internazionale*, B) *Diritto Intermedio. Enciclopedia del Diritto* (p. 1353), XLIV, Milán: Giuffré; SERAFINI, *Il Diritto...*, op. cit., p. 419 y ss.

fuente principal del derecho internacional contemporáneo, resultan distintos porque el *foedus* tenía una naturaleza jurídico-religiosa y vinculaba a los pueblos y sus habitantes, teniendo a sus divinidades como garantes. En la actualidad, la celebración de los tratados está regulada por las normas del derecho internacional y, en este proceso, el derecho interno establece las competencias de los poderes del Estado y las vías para concluirlo.¹⁵¹ En cuanto a las formas de manifestación del consentimiento para obligarse por un tratado, éstas se encuentran mencionadas en el artículo 11 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969¹⁵² y son la expresión de la voluntad política del Estado sin contar con elementos religiosos.

VII. Reflexiones finales

En la Antigüedad, las relaciones del *populus romanus* con otros pueblos estuvieron reguladas por un ordenamiento jurídico-religioso: el *ius fetiale*, un derecho común que era parte de los *multa iura communia* (Cic. *De off.* 3. 108) y que tuvo vigencia y alcance universal. Es importante destacar que las normas del *ius fetiale* eran de naturaleza jurídico-religiosa, no surgieron de los acuerdos (*foedera*)

¹⁵¹ En el Perú, los artículos 56, 57 y 118, numeral 11, de la Constitución Política de 1993 establecen cómo el Estado manifiesta su voluntad de ser parte de un tratado y quiénes son competentes para participar en el proceso de celebración de éste.

¹⁵² Artículo 11 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: "Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido"

entre los pueblos ni su cumplimiento dependió de la reciprocidad. Este ordenamiento buscaba mantener el equilibrio y la armonía en las relaciones entre los pueblos y, con la participación de sus divinidades, lograr la paz (*pax deorum*). Por ello, el *ius fetiale* fue aplicado en la reclamación por las ofensas o los daños causados (*rerum repetitio*), la declaración de guerra (*indictio belli*) a un pueblo ofensor y la celebración de tratados (*foedera*), en cuyas ceremonias, cargadas de elementos religiosos, se hacían juramentos solemnes y se invocaban a sus dioses.

Si bien podemos encontrar algunas similitudes entre lo anteriormente señalado con algunas cuestiones del derecho internacional contemporáneo, como la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la solución pacífica de controversias, la prohibición del uso de la fuerza y la celebración de tratados, existen varias diferencias. En primer lugar, el contenido jurídico-religioso de las normas del *ius fetiale*, que no se encuentra en el ordenamiento jurídico internacional. En segundo lugar, los pueblos fueron los sujetos del *ius fetiale* (Cic. *De re pub.* 1. 39; Cic. *De rep.* 6. 13. 13; Varr. 5. 86) y no los Estados, sujeto primario y principal del derecho internacional contemporáneo, que cuenta con una personalidad propia y distinta de sus ciudadanos. En tercer lugar, desde el 1945 la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza establecida en el artículo 2, numeral 4, de la Carta de las Naciones Unidas es una norma imperativa y fundamental del ordenamiento internacional. Por ello, la declaración de guerra (*indictio belli*) que formalmente llevaban a cabo los sacerdotes feciales hoy está prohibida en las relaciones internacionales. En cuarto lugar, la celebración de tratados no cuenta con los juramentos y elementos religiosos que establecía el *ius fetiale*. Sin embargo, se debe resaltar que ambos contienen una manifestación del consentimiento que requiere ser emitida por quien representa a quien se obliga para que tenga efectos jurídicos. Finalmente, la solución pacífica de las controversias internacionales se encuentra en ambos, aunque el *ius fetiale* no impedía recurrir a la guerra si la ofensa o el daño no era

reparado; no obstante, hoy no se admitiría que la guerra sea un último recurso.

El *ius fetiale* es un derecho interesante y complejo cuyo estudio requiere ser profundizado con el fin de identificar aquellos que podrían servir de antecedentes del derecho internacional.

VIII. Referencias bibliográficas

Doctrina

ABBOTT, F. F. (1963). *A History and description of Roman political institutions*. 3ª edición. Nueva York: Biblis & Tannen.

ACCARDI, A. y COLA, M. (2010). Guerra e Partnership, Una riflessione sull'ambivalenza di hostis. *I Quaderni del Ramo d'Oro on-line*, (3).

AMATO, S. (2014). Merito quis sacerdos appellet. En S. Randazzo (Ed.). *Religione e Diritto Romano, La cogenza del rito*. Tricase: Libellula.

APASIEV, D. (2014). *Imperium Militiae*: The Roman Military Law. *Iustinianus Primus Law Review*, 5(1).

BARBATI, S. (2023). Il postliminio di Ostilio Mancino. *Journal on European History of Law (JEHL)*, 14(2).

BAVIERA, G. (1898). I feziali e il diritto feziale, *Enciclopedia Giuridica Italiana*. Milán: Giuffré

BAVIERA, G. (1898). *Il diritto internazionale dei Romani*. Modena: Direzione dell'Archivio giuridico.

- BELLI, P. (1936). *A Treatise on Military Matters and Warfare*, II. Oxford-London: Claredon Press.
- BERGER, A. (1953). Voce *Fetiales*. En *Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Transactions of the American Philosophical Society*, 43(2).
- BLAIVE, F. y GAURIER, D. (2007). Les mythes indo-européens sources du droit international public dans l'Antiquité. *Journal of the History of International Law*, 9(1).
- BONGERT, I. (1953). Recherches sur la "*reciperatio internationale*". *Studi in memoria di Emilio Albertario*, II. Milán: Giuffré.
- BOUDOU, B. (2013). Ennemis, hôtes et étrangers. Enquête sur les identités politiques grecque et romaine. *Mots, Les langages du politique*, (101).
- BROUGHTON, T. R. S. (1987). Mistreatment of Foreign Legates and the Fetial Priests: Three Roman Cases. *Phoenix*, 41(1).
- BRYCE, J. (1980). *Studies in History and Jurisprudence*, II. Aalen: Scientia Verlag.
- BUCKLAND, W. W. (1939). Ritual acts and words in Roman Law. *Festschrift Paul Koschaker*, I. Weimar: Bohlau.
- CALORE, A. (2012). Hostis e il primato del diritto. *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, IV Serie, (2).
- CAPOGROSSI COLOGNESI, L. (1971). In margine al primo trattato tra Roma e Cartagine. *Studi in onore di Edoardo Volterra*, V. Milán: Giuffré.

- CASTRO MASCAREÑO, O. BRANDI SINISCALCHI, S. y CHÁVEZ VÁSQUEZ, Y. (2023). El *ius* y el *fás*: De lo sagrado a lo profano. *Revista Internacional de Derecho Romano – RIDROM*, (31).
- CATALANO, P. (1990). *Diritto e Persone, Studi su origine e attualità del sistema romano*. Turín: Giappichelli.
- CATALANO, P. (1965). *Linee del sistema sovranazionale romano*. Turín: Giappichelli.
- CERAMI, P. (1987). *Potere ed ordinamento nella esperienza costituzionale romana*. Turín: Giappichelli.
- CHAUVEAU, M. (1891). Le Droit des Gens dans les Rapports de Rome. *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Etranger*, (15).
- CHURCHILL, J. B. (1999). Ex *qua quod* vellent facerent: Roman Magistrates' Authority over Praeda and *manubiae*. *Transactions of the American Philological Association (1974-2014)*, (129).
- CIMMA, M. R. (1976). *Reges Socii et Amici Populi Romani*. Milán: Giuffré.
- CRIFÓ, G. (1991). Recensione a Dieter Nörr: Aspekte des römischen Völkerrechts, Die Bronzetafel von Alcántara. *Studia et Documenta Historiae et Juris*, (57).
- DAL RI, A. y DAL RI, L. (2013). Civis, hostis ac peregrinus – Representações da condição de homem livre no "ordo iuris" da Roma Antiga. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, 18(2).
- DAL RI, L. (2011). *Ius Fetiale, As origens do Direito Internacional no universalismo romano*. Río Grande do Sul: Ijuí.

- D'AMATI, L. (2013). *Servitus del civis ab hostibus captus*, Ancora una riflessione. *Legal Roots (LR), The International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law*, (2).
- DE VISSCHER, F. (1966). *Pactes et Religio. Études de Droit Romain Public et Privé*, III Serie. Milán: Giuffré.
- DE VISSCHER, F. (1936). L'affaire des Fourches Caudines et la 'deditio' du droit des gens. *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, II. Palermo: Arti Grafiche G. Castiglia.
- DE VISSCHER F. (1946). La deditio internationale et l'affaire des Fourches Caudines. *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 90(1).
- EGGER, E. (1866). *Études historiques sur les traités publics chez les grecs et chez les romains*. 9ª edición. Paris: A. Durand.
- ERNOUT, A. y MEILLET, A. (2001). Voce *Fetialis*. *A Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine. Histoire des mots*. 4ª edición. París: Klincksieck.
- FERRARI, G. (1961). Voce *Fetialis*. *Novissimo Digesto Italiano*, VII. Turín: UTET.
- FRANK, T. (1912). The Import of the Fetial Institution. *Classical Philology*, 7(3).
- FREZZA, P. (1991). A proposito di 'fides' e 'bona fides' come valore normativo in Roma nei rapporti dell'ordinamento interno e internazionale. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, (57).
- FUSINATO, G. (1883-1884). Dei Feziali e del Diritto Feziale.

Contributo alla Storia del Diritto Pubblico esterno di Roma. Roma: Atti della R. Accademia dei Lincei.

HELLEGOUARC'H, J. (1963). *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la république.* Paris: Les Belles Letters.

ILARI, V. (1992). Voce *Trattato internazionale, Diritto Romano. Enciclopedia del Diritto*, XLIV. Milán: Giuffré.

ILARI, V. (1981). *L'interpretazione storica del diritto de guerra romano fra tradizione romanista e giusnaturalismo.* Milán: Giuffré.

LEMOSSÉ, M. (1967). *Le régime des relations internationales dans le haut-empire romain.* Paris: Sirey.

LEWIS, C. T. y SHORT, C. (1879). Voce *Fēñ āles. A Latin Dictionary, Founded on Andrews' edition of Freund's Latin dictionary.* Oxford: Oxford University Press.

LONIS, R. (1969). *Les usages de la guerre entre grecs et barbares.* Paris: Les Belles Lettres.

MAGDELAIN, A. (1943). *Essai sur les origines de la sponsio.* Paris: Tépac.

MAGDELAIN, A. (1973). Remarques sur la Perduellio. *Historia: Zeitschrift Für Alte Geschichte*, 22(3).

MÉNDEZ CHANG, E. (1997). El *Ius Fetiale* como derecho supranacional vigente para Roma y los demás pueblos. *Revista del Magister en Derecho Civil*, (1).

MÉNDEZ CHANG, E. (2021). *Hostis: de extranjero a enemigo en el derecho romano.* En M. B. Álvarez y N. D. Rinaldi (Eds.).

- Actas del VII Congreso de Principios Generales y Derecho Romano 2020*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores.
- MOMMSEN, T. (1889). *Le Droit Public Romain*. VI. París: Thorin
- MOMMSEN, T. (1973). *Disegno del Diritto Pubblico Romano*. 2ª edición. Milán: Giuffré
- MOMMSEN, T. (1960). *Historia de Roma*. Buenos Aires: Joaquín Gil.
- OOST, S. I. (1954). The Fetial Law and the Outbreak of the Jugurthine War. *The American Journal of Philology*, 75(2).
- ORTU, R. (2005). La guerra tra economia e diritto nella antica Roma. *Diritto@Storia*, (4).
- PANEBIANCO, M. (1992). Voce *Trattato internazionale, B) Diritto Intermedio*. *Enciclopedia del Diritto*, XLIV. Milán: Giuffré.
- PARADISI, B. (1974). *Civitas Maxima: Studi di Storia del Diritto Internazionale*, II. Firenze: Olschki.
- PATÍÑO-AMOR, A. (2020). Adquisición de la propiedad del patrimonio del enemigo en época romana. *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, Universidad de Castilla La Mancha*, (15).
- PENELLA, R. J. (1987). War, Peace, and the *ius fetiale* in Livy 1. *Classical Philology*, 82(3).
- PÉREZ CARRANDI, J. (2021). Notas en torno al *ius fetiale*. *FORO, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 24(2).

- PHILLIMORE, R. (1882). De captivis et postliminio, et redemptis ab hostibus. *Commentaries upon International Law*. Londres: Butterworths.
- PIQUER-MARI, J. M. (2012). Consideraciones sobre la formación del botín de guerra como res in patrimonio populi: de la monarquía a la época proto-republicana. *Revista de Derecho UNED*, (10).
- PUGLIESE, G. (1974). Appunti sulla “*deditio*” dell'accusato di illeciti internazionali. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche (RISG)*, 28(18).
- RICH, J. (2011). The fetiales and Roman international relations. En J. H. Richardson y F. Santangelo (Eds.). *Priests and State in the Roman World*. Steiner: Stuttgart.
- RICH, J. W. (1976). *Declaring War in the Roman Republic in the Period of Transmarine Expansion*. Bruselas: Latomus.
- RICHARDSON, J. H. (2017). The Development of the Treaty-Making Rituals of the Romans. *Hermes*, 145(3).
- RIESCO ÁLVAREZ, H. B. (1994). *Sagmina, verbenae y herbae purae*. *Helmántica*, 45(136-138).
- SAMBRIAN, T. (2022). Fetial Law and Bellum Iustum in the Context of the Daco-Roman Wars and the Roman Imperial Policy of Annexation of the Provinces, *Ius Romanum*, (2).
- SANTANGELO, F. (2008). The fetiales and their ius. *Bulletin of the Institute of Classical Studies*, (51).
- SERAFINI, E. (1896). *Il Diritto Pubblico Romano*, I. Pisa: Mariotti.

- SINI, F. (1991). *Bellum nefandum, Virgilio e il problema del “diritto internazionale antico”*. Sassari: Libreria Dessì Editrice
- SMITH, W., WAYTE, W. y MARINDIN, G. E. (1890). Voce *Majestas. A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, Londres: Murray.
- TURELLI, G. (2014). *Fetialis religio*, Una riflessione su religione e diritto nell’esperienza romana. *Religione e Diritto Romano, La cogenza del rito*. Bari: Libellula.
- TURELLI, G. (2011) “*Audi Iuppiter*” *Il Collegio dei Feziali nell’esperienza giuridica romana*. Milán: Giuffré.
- WATSON, A. (1993). *International Law in Archaic Rome - War and Religion*. Londres: Johns Hopkins University Press.
- WILLEMS, P. (1910). *Le droit public romain*. Lovaina.
- ZOLLSCHAN, L. (2012). The Longevity of the Fetial College. *Law and Religion in the Roman Republic*. Leiden-Boston: O. Tellegen-Couperus

Fuentes

- CICERO, M. T. (1883). *De Legibus*. I. Berlín: Vahleni.
- CICERÓN, M. T. (1946). *Obras completas de Marco Tulio Cicerón, Vida y Discursos*, II. Buenos Aires: Anaconda
- CICERÓN, M. T. (1889). *Librorum de Re Publica Sex*. Edición de C. F. W. Mueller. Leipzig: Teubner.

CICERÓN, M. T. (1913). *De Officiis*. Edición de W. Miller. Cambridge-London: Harvard University Press.

CICERÓN, M. T. (1902). *Rhetorica*, I. Edición de A. S. Wilkins. Oxford: Oxford University Press.

DIODORO DE SICILIA (2004). *Biblioteca histórica, Libros IV a VIII*. Edición de J. J. Torres Esbarranch. Madrid: Gredos.

DIONISIO DE HALICARNASO (1984). *Historia antigua de Roma, Libros I-III*. Madrid: Taurus.

FESTUS, S. P. (1846). *De la signification des mots*. Edición de M. A. Savagner. París: Hachette.

GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889-1898). *Cuerpo del derecho civil romano a doble texto traducido al castellano del latino*, I. Barcelona: Jaime Molina.

POLYBIUS (1889). *Histories*, I, London-Nueva York: Shuckburgh.

PLUTARCO (1914). *Plutarch's Lives, Numa*. Edición por Bernadotte Perrin. Cambridge: Harvard University Press.

LIVI, T. (1898). *Ab urbe condita*. En G. Weissenborn y M. Mueller (Eds.). *Pars I, Libri I-X*, Leipzig: Teubner.

LIVI, T. (1898). *Ab urbe condita*. En G. Weissenborn y M. Mueller (Eds.). *Pars I, Libri XXI-XXX*, Leipzig: Teubner.

LIVI, T. (1898). *Ab urbe condita*. En G. Weissenborn y M. Mueller (Eds.). *Pars I, Libri XXXI-XL*, Leipzig: Teubner.

VARRO (1938). *On the Latin Language (Books V – VII)*, I. Cambridge: Harvard University Press.

El largo recorrido de Roma desde sus oscuros orígenes a su eclosión como imperio globalizador¹⁵³

Por Luis Rodríguez Ennes¹⁵⁴

Resumen

La investigación comienza defendiendo la necesidad de retrotraerse al Imperio romano como precedente más claro del proceso denominado “globalización”, para cuya defensa se recurre a distintos autores que sintéticamente refieren lo que sigue: necesidad de huir de la terminología moderna para explicar el pasado; consideran que numerosos investigadores entienden que la globalización solo es relevante para el

¹⁵³ El presente trabajo, enriquecido con las pertinentes notas y aparato bibliográfico, tiene su origen en la conferencia inaugural que, con dicho título, impartió el autor en la Universidad de Londrina (Curitiba-Brasil) el 13 de noviembre de 2023, con motivo del V Congreso Internacional de Globalização Ética e Direito, organizado por el CEGED, Universidad Federal Fluminense y Universidad Estadual de Londrina.

¹⁵⁴ Catedrático Emérito de Derecho Romano y Sistemas Jurídicos Comparados (Universidad de Vigo, España). Doctor *honoris causa* por UFLO Universidad.

mundo contemporáneo; y que no existen analogías en los procesos y patrones de globalización actuales con los del mundo antiguo.

Palabras clave: Imperio romano; unidad; globalización

The long journey of Rome from its dark origins to its emergence as a globalizing empire

Abstract

The investigation begins defending the need to go back to the Roman Empire as a clearer precedent of the process called “globalization”, for whose defence different authors are reviewed. They systematically refer to the need to flee from modern terminology to explain the past, considering that a myriad of researchers understand that globalization is only relevant to the contemporary world and also that, there are not analogies in the current processes and patterns compared to the ancient world.

Keywords: Roman Empire; unity; globalization

I. Perspectiva histórica

I. 1. *Primordia civitatis*

Como ha señalado P. Fuenteseca,¹⁵⁵ tanto la civilización romana

¹⁵⁵ FUENTESECA DÍAZ, P. (1963). *Lecciones de Historia del Derecho Romano* (pp.

como la griega son civilizaciones urbanas en las que las ciudades realizaron un papel decisivo. La ciudad grecorromana no fue solamente un fenómeno cuantitativo de aglomeración de ciudadanos en un recinto urbano, sino también un fenómeno social cuantitativo. No se trató, simplemente, de una agrupación de hombres, sino de una especial comunidad de vida que constituyó una sociedad política.

En la historia de Roma se refleja sucesivamente este doble sentido urbano y político de la ciudad. Primero fue una fortaleza y un refugio urbano rodeado de murallas, en torno al cual existía una zona circundante (*pomerium*, que marcaba los límites del *auspicium urbanum*). Roma se habría, pues, configurado como una ciudad-Estado de unos 12.000 habitantes, con un reducido territorio estatal de unos 150 km², cuya vida política y tráfico económico se desarrollará *intra muros*.¹⁵⁶ Detrás de los muros de la ciudad regiría el derecho —el *ius civile*— y fuera el poder militar (*imperium militia*). Con el paso de los siglos, Roma pasaría de ser un ciudad-Estado a ser un Estado con un gran territorio fuera de las murallas, primero a costa de anexiones o alianzas de poblaciones vecinas, lo que supuso la expansión por el centro y posteriormente a lo largo de toda la península itálica. Las guerras púnicas contra Cartago extienden la soberanía de Roma fuera de Italia.

21-22). Salamanca: Universidad de Salamanca.

¹⁵⁶ Sobre los orígenes de Roma, ver ARANGIO-RUIZ, V. (1914). *La gente e la città*. Messina: Tipografía d'Angelo; BONFANTE, P. (1926). *La gens et la familia. Scritti giuridici varii* (p. 1 y ss.), I, Turín; BARBAGALLO, L. (1970). *Il problema delle origine di Roma da Vico a noi*. Roma: L'Erma; LUZZATTO, G. (1948). *La organizzazioni preciviche e lo Stato*. Módena: Pubbl. Univ. Módena; ALFÖLDY, G. (1965). *Early Rome and the Latins*. Ann Arbor: University of Michigan Press; DE MARTINO, F. (1979). *La gens, lo Stato e le classi in Roma. Diritto e società nella antica Roma. Biblioteca di Stonia antica*, 6, Roma: Riuniti; CAPOGROSSI COLOGNESI, L. (2000). *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della "civitas romana"*. Iris: Roma.

Convenimos con A. Fernández de Buján (2007),¹⁵⁷ que en todo este proceso el poder romano no solo cabe estudiarlo como dominador de pueblos, sino como civilizador y transmisor de cultura propia y de cultura helénica.

Los descubrimientos arqueológicos dan por resultado que existieron en los siglos posteriores al año 1000 a. C. varios establecimientos en las colinas contiguas al río Tíber en la Italia central, a unos veinte kilómetros de la desembocadura del río. La población de estos establecimientos era, en parte, de origen latino y, en parte, de origen sabino, dos ramas diferentes del grupo de pueblos itálicos. Este grupo, cuya lengua indica su calidad de miembros de la clase étnica conocida como indoeuropea,¹⁵⁸ había emigrado a Italia durante el segundo milenio a. C. y se había impuesto a la población preindoeuropea.

En cierta época, probablemente en el siglo séptimo u octavo a. C., la región del Tíber cayó bajo la dominación de los etruscos, nación poderosa y sumamente civilizada de origen no indoeuropeo que vivía en numerosas ciudades situadas al norte, en el espacio entre el valle del Po y el Tíber. Cuando terminó la dominación etrusca de la región del tiberina, alrededor del 500 a. C. había surgido sobre las colinas del Tíber un ciudad-Estado, la ciudad de Roma.

Según la leyenda, esta ciudad había sido fundada en 753 a. C. por Rómulo, su primer rey. Pero este relato no merece más crédito

¹⁵⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2007). *Derecho Público Romano* (p. 72). 10ª ed. Madrid: Iustel.

¹⁵⁸ La lengua de los latinos, el latín del que derivan las modernas lenguas romances, se convirtió gracias al apogeo político de Roma y a ser gramaticalmente la de mayor riqueza y perfección técnica, en el idioma más utilizado de la antigüedad y fue durante veinte siglos la lengua culta por excelencia. Sobre esta cuestión, me remito a RODRÍGUEZ ENNES, L. (2012). La progresiva sustitución del latín universitario por las lenguas vernáculas. *Boletín de la Real Academia de la Historia*, CCVIII, p. 31 a 45.

que los románticos detalles de que está bordado. Según la tradición, Roma estuvo gobernada por reyes desde su fundación (año 753 o 754 a. C.) hasta finales del siglo VI a. C. (año 509); ambas fechas según la fijación de Varrón, que prevaleció. La tradición presenta una serie de siete reyes, los cuatro primeros latino-sabinos y los otros tres etruscos, correspondientes éstos al período de dominación etrusca (siglo VI a. C.); el número siete es, con toda seguridad, fruto de manipulación. Por lo demás, los historiadores romanos posteriores que se ocuparon del período regio debieron mezclar verdad y leyenda a partes iguales. Como pongo de manifiesto:

La tradicional historia de la primitiva Roma nos ofrece un complejo sistema, a primera vista coherente, sin fisuras ni contradicciones, en realidad, se trata de una estructura con una fuerte dosis de artificialidad, en la que los hechos históricos están muy entremezclados con los mitos y las leyendas, con florituras retóricas y, a veces, con tergiversaciones conscientes.¹⁵⁹

Las coloridas historias, con el apoyo de un elenco de heroicos guerreros romanos, rivales homicidas y reinas conspiradoras, ocupan la segunda mitad del primer libro de la *Historia* de Livio. Después de Rómulo reinó Numa Pompilio, un personaje pacífico con un nombre aparentemente real a diferencia del ficticio Rómulo o Sr. Roma, como ha dicho agudamente Mary Beard (2016).¹⁶⁰

¹⁵⁹ RODRÍGUEZ ENNES, L. (1984). Realidad histórica y elementos legendarios en la *seditio manliana*. *Studi Guarino* (p. 53), I, Nápoles: Jovene.

¹⁶⁰ BEARD, M. (2016). *S.P.Q.O.R.* (p. 97). Crítica: Barcelona, añade, a este respecto: “luego, Tulio Hostilio, un reconocido instigador de la guerra; tras él, Anco Marcio, el fundador del puerto marítimo de Roma en Ostia, desembocadura, a continuación Tarquinio Prisco, o Tarquinio el Viejo, que desarrolló el foro romano y los juegos en el circo; después Servio Tulio, un reformista político e inventor del censo romano; y, por último, Tarquinio el Soberbio, o quizá mejor el Arrogante. Fue la conducta

Los eruditos de los siglos diecinueve y veinte se plantearon muchas dudas acerca del valor histórico de estas historias de los reyes romanos. Señalaban que toda la tradición se basaba en habladurías y mitos mal entendidos. Y, obviamente, no le faltaban razones. Los informes transmitidos de segunda, tercera y cuarta mano son breves y sumarios, adornados retóricamente, tendenciosos y, en parte, claramente influidos por la tradición contemporánea que —por un prurito de procronismo— impele estos autores a atribuir a los romanos primigenios las controversias políticas de su propio tiempo. La fuerte coloración política que encontramos en Livio y en otros escritores contemporáneos y posteriores coincide con lo que se conoce sobre el punto de vista de aquellos tardíos analistas e historiadores citados con frecuencia en la obra literaria. Su actividad ha sido bien descrita por un sagaz universitario italiano al calificarla de “*romanizata ben più ricostruita*”.¹⁶¹ Estamos, pues, en presencia de una creación didáctica, creación preponderante en la historiografía antigua¹⁶² y que el propio Livio nos dice seguir cuando en el prefacio de su obra manifiesta que el objeto y la misión de la historia es enseñar a la gente lo que debe desear y lo que debe evitar.¹⁶³ Los modernos historiadores tenían buenas razones para dudar de los relatos romanos del período monárquico que han llegado hasta nosotros. Hay todo tipo de elementos sobre los reyes que no son congruentes, empezando por la cronología. En este sentido, lo que escribe Beard (2016) es harto expresivo:

tiránica de este segundo Tarquinio, y de su familia, lo que condujo a la revolución, al fin de la monarquía y al establecimiento de la libertad y de la República.”

¹⁶¹ FRACCARO, P. (1952). La storia romana arcaica. RIL, 85, p. 117.

¹⁶² BAYET, J. (1975). *Literatura latina* (p. 269). 4ª edición. Barcelona: Ariel.

¹⁶³ Liv, *Praef.*, 10:...*omnis te exempli documenta in inlustri posita monumento intueri; inde tibi tuaque rei publicae quod imitere capias inde foedum inceptum exitu quod vites.*

Aunque imaginemos lapsos de vida insólitamente saludables es imposible concebir que siete reyes, Rómulo entre ellos, vivan a lo largo de los doscientos cincuenta años —desde mediados del siglo VIII hasta finales del siglo VI a. C.—, que los historiadores romanos les asignaron. Esto significaría que cada uno reinó, de media, durante más de tres décadas. Ninguna monarquía romana ha igualado jamás este nivel de longevidad (p. 100).¹⁶⁴

Toda esta tradición, enriquecida por multitud de anécdotas, tan solo ofrece líneas bien definidas y precisas en la parte referente a los Tarquinos. Los tres últimos reyes, Tarquino Prisco (el Antiguo), Servio Tulio y Tarquino el Soberbio —o quizás los dos *Tarquini*— formaron la dinastía etrusca que, como tal, es ciertamente histórica.¹⁶⁵ En 510 o 509 a. C., la dinastía etrusca fue destronada y se estableció la República de los tiempos históricos.

No es posible una afirmación clara acerca del cargo de rey (*rex*), excepto que existió. Este hecho está probado por la presencia durante la República de un *rex sacrficulus* o “rey que ofrece sacrificios”, ahora un cargo religioso menor, y por la institución del *interregnum* —en este caso la palabra puede traducirse por “realeza-puente”— que servía de enlace mientras estaba vacante la más alta magistratura del Estado.

Toda ciudad, cualquiera que fuese su forma de gobierno, constaba políticamente *ab antiquo* de tres orígenes fundamentales: uno o varios jefes; un consejo de nobles o de ancianos y una asamblea popular. Se afirma la existencia de los tres, incluso para la Roma monárquica. En cambio, no es fácil determinar cuáles fueron su constitución y funcionamiento en vista de la inseguridad que nos proporciona la tradición historiográfica.¹⁶⁶

¹⁶⁴ BEARD, *op. cit.*, p. 100.

¹⁶⁵ WOLFF, H. J. (1953). *Introducción histórica al Derecho Romano* (p. 8). Porto: Santiago de Compostela:

¹⁶⁶ ARANGIO-RUIZ, V. (1994). *Historia del Derecho Romano* (p. 23). Madrid: Reus.

Órgano fundamental desde los orígenes de la monarquía fue el *senatus*, asamblea de los jefes de las gentes o estirpes patricias, que constituían una verdadera casta religiosa monopolizadora de los sacerdocios y, en definitiva, del poder (*imperium*). El *senatus* detentaba dos funciones decisivas para la marcha de la vida política ciudadana, que eran el *interregnum* y la *auctoritas patrum*. El *interregnum* era la facultad de que los *senatores*, si se producía vacante en la realeza, transmitiesen el poder al nuevo *rex*, ya que el puesto no era hereditario ni electivo. Este mecanismo monárquico del *interregnum* pervivirá en la constitución republicana para la vacante de los altos magistrados.

La otra función del *senatus*, la denominada *auctoritas patrum*, resulta difícil de precisar respecto de la época monárquica. Como constata P. Fuenteseca (1963),¹⁶⁷ en la República la *auctoritas patrum* cumplió una misión de control de la legislación comicial, consistente en autorizar las leyes votadas en los comicios, en una primera época y, posteriormente, en autorizar los proyectos de ley antes de la votación. Pero en época monárquica quizá no existió una legislación comicial propiamente dicha. Más bien cabe admitir que la *auctoritas patrum* bajo la realeza se habría manifestado como confirmación de las decisiones del *rex*.

La organización del *populus* en época monárquica refleja, desde época antigua, una base ternaria formada por las tres tribus antiguas de los *ramnes*, *tities* y *luceres*. Se agrupaban en treinta *curiae*, diez de cada una de las tres tribus.¹⁶⁸ En esta tradición, el único elemento seguro eran las *curiae*, que actuaban como unidades votantes en la forma más antigua de asambleas legislativas romanas. Poco se conoce de las tres tribus que acabamos de mencionar, excepto el hecho de que nada tenían que ver con las tribus locales

¹⁶⁷ FUENTESECA DÍAZ, *op. cit.*, p. 53.

¹⁶⁸ DE SANCTIS, F. (1967). *Storia dei romani* (p. 235 y ss.), I, Roma: L'ErmaRoma, atribuye a la *curia* tres funciones: religiosa, militar y familiar.

posteriores. La organización por *curiae* pervivió hasta la república a efectos de asambleas o reuniones no militares que se denominaron *comitia curiata*. En estos comicios se tomaban decisiones relacionadas con actividades propias de la sociedad gentilicia. Así los actos que afectan al grupo familiar y gentilicio como la *adrogatio* (entrada de un cabeza de familia en otra) y el *testamentum* comicial se celebran en los *comitia curiata*.

Los comicios por centurias, cuya creación atribuye la tradición al rey Servio Tulio¹⁶⁹ deben su denominación a que se trataría de una asamblea formada por diversas unidades independientes de cien personas cada una. Con el paso de los siglos no se respetó el número de cien por centuria, aunque se siguió manteniendo la denominación. Los *comitia centuriata* no tienen una base étnica, ni territorial, sino timocrática, en sus orígenes, según pudiesen costearse el correspondiente armamento y, con posterioridad, según los bienes de cada *civis*, conforme a los datos que constatasen en el censo.¹⁷⁰ Con todo, esta reforma del poder comicial queda sombreada con los tintes de la penumbra propios de esta era arcaica.

1. 2. República

El relato de la tradición nos presenta el cambio de fórmula política con caracteres épicos. La caída del último rey etrusco es situada por la tradición en el 509 a. C.; hoy se tiende a retrasar en algunos años esta fecha, pero, en cualquier caso, la expulsión de los tarquinos hacia el final del siglo VI a. C. es un hecho admitido por casi todos. Titio Livio, como de tantas otras cosas, es el gran cantor de

¹⁶⁹ Es Livio quien dice que son obra serviana (cfr. I, 42, 5).

¹⁷⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, pp. 73-74.

este momento histórico¹⁷¹ y legendario.¹⁷² Su relato se enhebra con telas de novela: nada de extrañar, pues la historiografía antigua es género literario más que científico, como ya tuvimos oportunidad de señalar. Si bien no existen noticias suficientes para mantener la idea de la revolución popular o la de la transición lenta de magistraturas monárquicas a formas de organización republicana,¹⁷³ lo que sí es evidente es la aversión hacia la monarquía y hacia todo lo que ella representaba, a lo largo de la etapa republicana, identificándola con los regímenes tiránicos del norte de África y de Oriente, contraponiéndose la *libertas* republicana al gobierno de los reyes.

El camino de Roma hacia su esplendor fue lento, abrupto, cuajado de guerras. No fue un tránsito fácil y las convulsiones que acompañan a toda expansión provocan desajustes internos, momentos difíciles. En ese largo devenir histórico hasta encontrar su sitio en ella, la *res publica* solo halló su definitiva encarnadura cuando realmente vino a significar *res populi*, tal y como reflejó el propio Cicerón en su tratado dialogado sobre la materia.¹⁷⁴

Así las cosas, mientras todas las afirmaciones que se refieren al período regio son necesariamente inciertas, la historia constitucional de la República es, en general, bien conocida. Sus instituciones y conceptos fundamentales que, en forma modificada, sobrevivieron en el período imperial son el fundamento sobre el que se asentó históricamente el sistema jurídico de Roma. La “constitución” romana no fue consignada en un documento que, como las constituciones

¹⁷¹ Liv., I, 56-60.

¹⁷² *Ibid.* I, 56, 8-13.

¹⁷³ Ver GJERSTAD, E. (1967). *Les origines de la republique romaine (Entretiens sur l'Antiquité Classique)*, Ginebra: Vandoeuvres; DE MARTINO, F. (1979). *Intorno all'origine della repubblica romana e delle magistrature. Diritto e Società nella antica Roma* (p. 88-129). Roma: Riuniti.

¹⁷⁴ Cic. *De rep.* I, 25, 39.

de los estados modernos, estableciese con autoridad de suprema ley del país las formas, funciones, poderes y relaciones mutuas de los órganos de gobierno. La “constitución romana” fue como la inglesa, un complejo de principios antiguos y prácticas sucesivas, basadas en leyes específicas, que en su totalidad defendían los poderes y funciones de gobierno. Roma no fue nunca una democracia en el sentido de la moderna democracia. La transición de la monarquía a la república no significa probablemente más que el paso de un rey vitalicio a magistrados elegidos anualmente. Sobre la existencia de esta magistratura doble y anual¹⁷⁵ se muestran conformes la tradición y los *fasti* consulares,¹⁷⁶ en los que aquello en gran medida debió apoyarse.

Las asambleas populares no eran quienes elegían a los magistrados y aprobaban leyes verdaderamente democráticas, pues estaban organizadas de tal manera que daban el control efectivo a los ricos y particularmente a aquellos cuya riqueza consistía en la tierra. Además, el poder de las asambleas populares estaba rigurosamente limitado. Así, el poder político se concentraba en manos de la clase terrateniente que ocupaba las magistraturas y, por consiguiente, los asientos en el Senado; por esta razón se le llama la clase senatorial. Sin embargo, la República romana alcanzó una estabilidad raras veces igualada en la historia y mantuvo su pujanza frente a todas las vicisitudes y, últimamente, hasta hacerse dueña de un enorme imperio. Un factor cooperante fue el carácter de la aristocracia romana en el período que va hasta la tercera guerra púnica. Aunque produjo muy pocos grandes hombres, conservó hasta entonces, además de una reservada dignidad (*gravitas*), un alto nivel no frecuente de

¹⁷⁵ Sobre el paralelismo entre la magistratura colegiada y la mitología, ver: MURGA, J. L. (1972). Posibles bases mitológicas de la magistratura binaria romana. *Estudios Clásicos*, 16(65), pp. 1-32.

¹⁷⁶ La mejor fuente de los mismos son los llamados *Fasti Capitolini* (vid: CIL, I², p. 1 ss.). Las discusiones sobre la veracidad de los *fasti* más antiguos son interminables.

normas éticas y sabiduría propias de un hombre de Estado, una tenacidad en la adversidad y un espíritu de desinteresado patriotismo que justifican y aseguran sus pretensiones de hegemonía. El otro factor fue su máquina de gobierno, que aunque ni ideada conscientemente de esta manera, resultó un ingenioso sistema de frenos y contrapesos. Tal sistema, de una parte, consistía en una combinación de poderes prácticamente ilimitados de los más altos magistrados con la facultad de vetar por parte de otros de igual o superior categoría. De otra, consistía en el control político de los magistrados por el Senado, los tribunos de la plebe y el pueblo. Pues el pueblo podía rechazar un proyecto de ley presentado por un magistrado, y el magistrado dependía de sus votos cuando pretendía otra magistratura.¹⁷⁷

Hacia el año 270 a. C. Roma domina ya la península itálica y a mediados del siglo II a. C. el Mediterráneo. El territorio itálico, en gran medida, formó parte del *ager Romanus*, y las tierras podían concederse a los particulares (*ager privatus*) o tener la condición de públicas (*ager publicus*) administradas por el Senado. La organización de los territorios conquistados no fue uniforme, sino que siguió distintos criterios. En términos generales hay que observar que Roma respetó la vida política de las comunidades indígenas siempre que éstas aceptaran su hegemonía, sojuzgándolas en cambio cuando ofrecieron resistencia armada. A estas dos actitudes de los pueblos incorporados correspondieron dos formas ordenadas de la presencia romana: los tratados (*foedera*), en el primer caso, o la exigencia de rendición incondicional (*deditio*), en el segundo.¹⁷⁸

Filólogos e historiadores parecen convenir mayoritariamente en el origen romano del término *provincia* y en el carácter –hoy hart

¹⁷⁷ Tratamos de resumir, en este punto, las magistrales ideas expuestas por DE MARTINO, *op. cit.*

¹⁷⁸ PETIT, P. (1960). *La paz romana* (p. 22 y ss.). Barcelona: Planeta.

peyorativo— de conquista y vencimiento que tiene la locución latina (por mor o como consecuencia de una victoria conquistadora: *pro vincere*).¹⁷⁹ Durante bastante tiempo, el vocablo en cuestión se aplicó en el lenguaje oficial solamente a aquellas regiones en las que se realizaban operaciones bélicas¹⁸⁰ pero, con los siglos, el primitivo carácter de “territorio conquistado” fue cediendo en favor del “gobierno territorial” y llegó a ser sinónimo de éste, por lo que el término “provincia” pudo utilizarse para designar una circunscripción o división del territorio de un poder generalmente político, pero que también pudo ser religioso o jurisdiccional.

Tras la conquista militar y la sumisión consiguiente, Roma procedía a ordenar jurídicamente el distrito mediante una ley de provincia (*lex provinciae*), que contemplaba tanto las atribuciones del magistrado encargado de su gobierno, como el *status* legal del territorio y la organización de las ciudades correspondientes. A tal efecto, el Senado solía enviar una comisión de diez senadores, quienes, de acuerdo con la autoridad militar, establecían mediante esa ley el régimen jurídico de la circunscripción.¹⁸¹ Los territorios extratálcos solían encomendarse en un primer momento al magistrado conquistador, y luego, una vez pacificados, el Senado los atribuía habitualmente a exmagistrados urbanos. En el año 81 a. C., una *lex Cornelia* (de

179 ERNOUT-MEILLET (1959). *Dictionnaire étimologique de la langue latine. Histoire des mots* (p. 342). París: Klincksieck, s.v. *Provincia*: “chargue confié á un magistrat” especialmente “administration d’un territoire conquis”, de donde procede —por derivación— el significado territorial administrativo de provincia.

180 Liv., III, 4, 7: *Bellum inde haud dubium haberi. Sp. Furius consulum alter, cui ea provincia evenerat, profectus in Aegnos, Hernicorum in agro populabundum hostem invenit.*

181 ARNOLD, J. (1968). *The System of Provintial Administration* (p. 65 y ss.). Roma: L’Erma.

Sila) de *provinciis ordinandis*¹⁸² estableció ya que los magistrados urbanos *cum imperio*, una vez concluido el año de magistratura, se ocuparan del gobierno de las distintas provincias (el nombre que recibían era el de procónsules o propretore, según los casos). Las primeras *provinciae* fueron las grandes islas próximas a la península itálica: Sicilia, Córcega y Cerdeña (finales del siglo III a. C.), y su número alcanzó el número de dieciocho al final de la República.

En la historia de Roma hubo tres clases principales de ciudades: municipios, colonias y prefecturas. De ellas nos interesan los municipios y colonias, porque las prefecturas, aunque fueron frecuentes en Italia y constituyen tal vez allí el tipo original de ciudad, no aparecen luego en la vida de las provincias.

En la expansión provincial las colonias desempeñan un papel muy activo en favor de la romanización y fueron utilizadas con dos objetivos principales. De una parte, a modo de puestos avanzados en la conquista del país. De otra, como asentamiento de los veteranos y sus familias tras haber realizado el servicio militar. En ocasiones, una determinada plaza recibía la condición y el rango de colonia incluso sin la presencia de nuevos ciudadanos. La fundación de nueva planta (*deductio*) de la colonia se realiza mediante la visita de una comisión romana al lugar elegido. Esa comisión procede al trazado de dos líneas perpendiculares, de norte a sur y de este a oeste, cuya intersección sitúa al *forum* o plaza central, con las correspondientes calles paralelas. Marcado asimismo el perímetro de la ciudad, se procede al reparto de las parcelas cuadradas del terreno (*centuriae*) y, dentro de ellas, de los lotes de tierra (*sortes*) para los colonos, según criterios que en el caso de colonias militares tuvo probablemente que ver con el rango castrense de los futuros habitantes. Los campos que no eran propiedad estatal quedaron como comunales para uso de los vecinos. La fundación de una colonia significó, en fin, trasplantar la imagen de

¹⁸² ROTONDI, G. (1912). *Leges Publicae Populi Romani* (p. 353). Milán: Editrice Libreria.

la Roma-ciudad al territorio provincial, según se aprecia tanto en el recuerdo de la propia estructura urbanística del *forum*, cuanto en la recepción en la colonia del sistema jurídico romano.¹⁸³

Los municipios aparecen como ciudades provinciales a las que se ha concedido el régimen jurídico latino o romano, organizando su propia constitución de acuerdo con el gobernador o las personas comisionadas al efecto. En un principio, municipios fueron las ciudades itálicas relacionadas con Roma aunque carentes de derechos políticos (*civitates sine suffragio*), pero al adquirir más tarde un reconocimiento plenario se habló de los *municipes*, es decir, de sus habitantes, como ciudadanos no nacidos en Roma.¹⁸⁴

La conquista romana de su imperio y la colonización subsiguiente constituyen un fenómeno capital que determinará el sentido de la vida y cultura europeas desde entonces hasta nuestros días. De ahí procede el proceso generador de la idea de Europa mediante la superación del fragmentarismo de épocas anteriores. Merced a la gran empresa cultural —que protagonizada por Roma— condujo en suma a la creación de Europa y al sistema de valores propio de la sociedad occidental, sin riesgos pues de incurrir en exageración, cabe afirmar que cuanto ha acontecido después no es otra cosa que un conjunto de variables, más o menos importantes, a aquella mutación esencial representada por la creación del Imperio romano.

Esa cultura romana, profundamente original en el derecho y de

¹⁸³ Sobre el tema, ver: ALBERTINI, E. (1923). *Les divisions administratives de l'Espagne romaine*. París: E. de Boccard; GARCÍA BELLIDO, A. (1959). Las colonias romanas de Hispania. *ADHDE*, 29 pp. 447-512.

¹⁸⁴ MERCHÁN FERNÁNDEZ, C. (1983). El municipio hispanoamericano en la Baetica. *Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de Extremadura*, 2, pp. 121-1543; RODRÍGUEZ NEILA, J. F. (1976). A propósito de la noción de municipio en el mundo romano. *Hispania Antigua*, 6, pp. 147-167; TANFANI, L. (1971). *Contributo alla storia del municipio romano*. Roma: L'Erma.

sobresaliente eficiencia en las construcciones y obras públicas, fue sobre todo una cultura de síntesis, capaz de aglutinar los aportes espirituales, sociales y económicos de los diversos pueblos que formaron parte del Imperio. Roma creó religio así un sistema armónico, integrador del pensamiento griego y de las tradiciones culturales del Mediterráneo oriental. La fluidez en el intercambio de ideas y creencias, corrientes artísticas, organización política y desarrollo social, es decir, de todo lo que hizo fácil el mutuo enriquecimiento, fue posible por la unidad política del Imperio, por la fuerza ordenadora de su derecho, por la base lingüística de un idioma común y hasta por la red de vías y comunicaciones que formaron la infraestructura del gigantesco mundo romano.

1. 3. Principado

La extraordinaria duración del período republicano se debió al juego combinado de las tres fuerzas básicas de la constitución: autocrática (magistraturas), aristocrática (senado) y democrática —con las profundas limitaciones apuntadas (asambleas populares)—. Desde un punto de vista moderno se considera como una constitución mixta, porque tiene de democrático la “majestad” del pueblo, de aristocrático la *auctoritas* (autoridad) de los senadores y de monárquico o autocrático el poder (*potestas*) de los magistrados.

Esta forma política romana, de todos modos, entra en crisis hacia el año 130 a. C. porque a partir de esa época las estructuras de la República, sometidas a múltiples tensiones sociales, económicas, demográficas, culturales e institucionales se resquebrajaron pavorosamente y se desplomaron al fin en una trágica sucesión de guerras civiles.¹⁸⁵ De ahí emergerá el Principado, que prefiguró César

¹⁸⁵ Amplias referencias a la crisis de la República en SYME, R. (1989). *La revolución*

y asumió definitivamente Octavio, su hijo adoptivo, que más tarde sería proclamado como Augusto. Como afirma Petit (1970),¹⁸⁶ nos hallamos aquí, de golpe, en el corazón de la más hermosa batalla sostenida por los historiadores que nos ofrece toda la Antigüedad. El Principado nació de la degradación de las instituciones republicanas, y poco a poco se irá transformando él mismo hasta desembocar en la monarquía totalitaria y burocrática del Bajo Imperio.

La dificultad de seguir esta creación continua se explica por diversos factores. No hay textos constitucionales básicos, ni constitución en el sentido moderno de la palabra. Los textos antiguos en torno a los que se discute son parciales, oscuros y contradictorios, susceptibles de interpretaciones opuestas, pues ni su sinceridad (las *Res Gestae Divi Augusti* ya indican claramente por su propio nombre el carácter hagiográfico de las memorias de Augusto), ni su imparcialidad (Tácito e Suetonio), ni su exactitud (Dión Casio es tardío) se hallan al abrigo de la crítica. Con razón, Miquel argumenta que hay algo, pero ¿es seguro que Augusto trató de fundar un régimen nuevo claramente definible, susceptible de ser transcrito en términos de derecho público? Hoy estamos menos convencidos de ello que en otro tiempo.¹⁸⁷

Lo que sí es cierto es que Roma tenía urgente necesidad de un cambio de régimen. Gobernaba ahora todo el Mediterráneo y sus estructuras eran aún las de una pequeña ciudad-Estado itálica: magistraturas elegidas con periodicidad anual, un cuerpo de votantes fuertemente mediatizado, un Senado cuya autoridad —en esta época de guerras civiles— estaba a merced de cualquier general afortunado que quisiera desafiarlo con su ejército. No había burocracia, ni fisco

romana (p. 17 y ss.). Madrid: Crítica.

¹⁸⁶ PETIT, P. (1970). *La paix romaine. L'Antiquité classiq.* T. III. París: PUF.

¹⁸⁷ MIQUEL, J. (1970). *El problema de la sucesión de Augusto* (p. 5 y ss.). Madrid: Ed. Católica.

organizado, ni estructuras para descentralizar las decisiones administrativas. Hasta el Estado había crecido paulatinamente por la vía de conquistas casuales más que debido a un programa. Las águilas romanas gobernaban el mundo pero entre un territorio y otro había vacíos de poder, desfases, soluciones provisionales. Era indispensable una dirección unitaria y estable, capaz de coordinar todos los aspectos de política exterior, interior, administrativa, militar, legislativa, judicial y económica. Esta falta había costado al mundo romano un siglo de guerras sociales y civiles.

Mucho se ha escrito, especialmente en los primeros años del siglo pasado, sobre la constitución del régimen político instituido por Augusto, sin que se haya logrado, no obstante, un criterio definitivo.¹⁸⁸ Y es que, como dice Arangio-Ruiz (1994), parafraseando a Bonfante (1926),¹⁸⁹ “el problema jurídico se complica con el político y ambos se encuentran dominados por el problema psicológico que plantea esa personalidad, un tanto enigmática de Augusto, la cual sin ser impetuosa y genial como la de César, resultaba fría, reflexiva y naturalmente inclinada a soluciones intermedias”. Las observaciones sobre la psicología de Augusto son importantes porque supo imprimir a su creación estatal un matiz cambiante. Efectivamente los autores se sienten hondamente turbados e indecisos ante la reiterada afirmación de Octavio de querer restaurar (y, más tarde, de haber restablecido) el régimen republicano y la antigua *libertas*. Aserto éste que no fue desmentido por la realidad, ya que todas las instituciones de los tiempos anteriores —desde el senado a los Comicios, del consulado al tribunado de la plebe— fueron restablecidas por el príncipe con funciones formalmente semejantes a aquellas que tuvieron antes. Y, como de otra parte, el propio Augusto no ocultó

¹⁸⁸ *Ibid.*, 9 y ss.

¹⁸⁹ ARANGIO-RUIZ, V., *Historia*, *op. cit.*, p. 261. La cita completa de Bonfante figura en la nota 1 de dicha página.

haber introducido un nuevo orden en Roma, es evidente que, ni aún el más formalista de los historiadores modernos, se atrevería a ver en el Principado una mera continuación de la República.

Así las cosas, el régimen que instaura se caracteriza por la concentración de poderes y dignidades en una sola persona, que se realiza gradualmente. Ya en el 40 se atribuye el sobrenombre de *imperator*. Con este título se designa al que tiene el mando de un ejército (*imperium*) o, lo que es lo mismo, a un general muy cualificado. *Imperator* evoca las virtudes guerreras y el sometimiento que se debe al general, pero no a un general cualquiera, sino a quien está investido de los poderes militares supremos, un generalísimo.¹⁹⁰ La importancia que tiene esta denominación para Octavio, debido a que el régimen que quiere implantar tiene unos orígenes revolucionarios y no se ajusta a la constitución republicana, se refleja en el hecho de que al igual que había ocurrido con César, esta denominación preceda a todos sus nombres y títulos. Al *imperator* corresponden todos los beneficios de la victoria, y aunque las campañas las realicen sus generales, él es quien consulta los auspicios e interviene en el ritual religioso previo de las batallas y quien recibe, cada vez que se vence, la salutación, la ovación y el triunfo.¹⁹¹

En el año 36 a. C. se declara la *sacrosanctitas* (inviolabilidad) de Octavio y desde el 31 hasta el 23 es elegido todos los años para desempeñar el consulado, magistratura que añade autoridad militar a su *imperium* personal.¹⁹² En el 30, una vez finalizada la guerra contra Sexto Pompeyo, se le otorga la tribunicia *potestas* que conservará

¹⁹⁰ ESTEFANÍA ÁLVAREZ, D. (1988). *Augusto: política y propaganda de un régimen autocrático* (p. 19). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela,

¹⁹¹ AYMARD, D. y AUBOYER, J. (1963). Roma y su Imperio. En M. CROUZES (Dir.). *Historia General de las civilizaciones* (p. 303 y 310). 2ª ed. Barcelona: Destino.

¹⁹² PETIT, P., *La paz romana*, op. cit., p. 32 y ss.

toda su vida y que le será renovada anualmente por el pueblo y el Senado. La tribunicia *potestas* tenía la ventaja de suprimir los inconvenientes de la colegialidad; los restantes tribunos no eran colegas de Octavio y, aunque éste ocupaba un lugar entre ellos, no se atrevían a utilizar su derecho de veto o *intercessio* contra él.

En el 28, Octavio fue elegido cónsul junto con Agripa e hizo que el Senado le concediese la *potestas* censoria, para así verificar el censo que se había confeccionado cuarenta y dos años antes. Esta revisión le dio la oportunidad de depurar el Senado y las distintas clases sociales; fortaleció a los patricios elevando al patriciado a familias ilustres de origen plebeyo y redujo el número de senadores de 1000 a 800.¹⁹³

Teniendo siempre presente que la sospecha de que quería establecer una monarquía había sido la causa de la muerte de César, Octaviano, para ocultar el carácter de monarquía militar que suponía su poder, mantiene el Senado y, en teoría, sigue considerándolo uno de los órganos de los que emana el poder y se limita a considerarse *princeps senatus*. El término *princeps* no es nuevo. Inicialmente ser “príncipe del Senado” no suponía más que tener derecho a manifestar la propia opinión el primero. Octavio consagró la denominación y de esa forma comenzó a llamarse principado a un régimen que no era más que una monarquía o, como precisa Miquel (1970), una autocracia, enmascarada por formas aparentemente republicanas.¹⁹⁴ En fin, en el interior del Senado, Octavio era la persona más importante. Estaba investido de la más grande *auctoritas*: se le escuchaba no porque poseía la fuerza, sino porque tenía por sus acciones anteriores un valor preeminente. En las asambleas populares, el voto de la primera categoría era seguido generalmente por las demás. Al ser *princeps senatus*, Octavio tenía una autoridad moral, de naturaleza casi religiosa.

¹⁹³ DÍAZ LEDO, M. (1952). Pax Augusta. *Helmantica*, 3, pp. 77-100.

¹⁹⁴ MIQUEL, *op. cit.*, p. 16.

Octavio estaba preocupado por su legitimidad y el 13 de enero del año 27, en una sesión del Senado, comunica su intención de devolver a éste y al pueblo los poderes extraordinarios de que disfruta y retirarse a la vida privada, ya que la patria está salvada y César ha sido vengado. La renuncia era solo aparente y enseguida accede a las súplicas que se le hacen para que sirva conservando parte de esos poderes. Aceptó también el nombre de *Augustus* que el Senado agradecido le concedió tres días después y se convirtió así en *imperator Caesar Augustus*. El apelativo de *Augustus* relacionado con *auctoritas* y de matices religiosos lo adoptaron como título los príncipes que le sucedieron y se convirtió en denominación oficial de los que poseyeron después el dominio de Roma.

Hablando del momento en que se le concedió el título de Augusto, él mismo nos dice: “Superé a todos en *auctoritas* y, sin embargo, no tuve más *potestas* que los otros que fueron colegas míos en el desempeño de las magistraturas”.¹⁹⁵ La diferencia entre *potestas* y *auctoritas* es clara. La primera representa “el poder socialmente reconocido”, eso es el conjunto de atribuciones que le otorgan las magistraturas que desempeña. La *auctoritas*, “saber socialmente reconocido”, hace referencia a un poder de carácter moral y espiritual derivado de su carisma proveniente de sus éxitos militares y de los servicios hechos al pueblo, y de la admiración que todos deben sentir hacia él que, de hecho, muchos sienten.¹⁹⁶ La vida de la *res publica* seguía desenvolviéndose a través de sus órganos, pero al lado y por encima de esa *res publica* era en realidad el poder y la autoridad del príncipe quien la acompañaba empujándolo discretamente a alcanzar los fines que él mismo le había señalado. En suma, la *auctoritas* de Augusto vació de contenido la *potestas* de los magistrados, la majestad del pueblo e, incluso, el mismo prestigio del Senado.

¹⁹⁵ *Res gestae*, 34.

¹⁹⁶ AYMARD-AUBOYER, *op. cit.*, p. 306.

En tiempo de la República, las provincias estaban administradas por gobernadores, ex cónsules o ex pretores, investidos de autoridad soberana (*imperium militiae*), llamada *imperium proconsularis*. Octavio restableció este sistema y devolvió al Senado la gestión de todas las provincias, salvo tres, Hispania, Galia y Siria, que se reservó para él.¹⁹⁷ Durante mucho tiempo, las provincias habían sido consideradas, en realidad, como feudos explotables, de las cuales las distintas clases sociales romanas debían sacar el mayor beneficio colectivo e individual, por lo cual, en el fondo, las luchas entre los diversos partidos hubieron de tener en muchas ocasiones como pedestal la manera de distribuir ese botín, periódicamente renovado e inagotable en apariencia.

Con Augusto, las provincias fueron divididas en dos grandes categorías: las senatoriales, en las cuales se siguieron ejerciendo los *imperia* republicanos, y las imperiales, regidas por representantes del príncipe. Los gobernadores de las provincias senatoriales eran elegidos entre los ex magistrados y regían durante uno o dos años, previo sorteo, la provincia que se les señalaba, recibiendo todos el nombre de próconsules, aun cuando —lo cual ocurría con frecuencia— no hubiesen desempeñado el consulado. Las imperiales, por el contrario, fueron administradas por *legati Augusti* a quienes se dio

¹⁹⁷ Eran las tres provincias en las que se desarrollaban operaciones militares. Hispania, insuficientemente pacificada, había sido durante los años precedentes teatro de numerosas sublevaciones. Lo mismo ocurría con la Galia, donde además habría que hacer frente a incursiones bárbaras en la frontera del Rin. Por último, Siria estaba bajo la perpetua amenaza de una invasión de los partos, y la opinión pública no había abandonado aún la esperanza de vengar la derrota de Craso. Se justificaba, pues, ampliamente que Augusto se reservara esas tres difíciles provincias. Pero sobre todo ello presentaba la ventaja de conservarles el *imperium* proconsular y, por lo tanto, un mando militar y la disposición de las legiones. Cfr. GRIMAL, P. (1977). *El siglo de Augusto* (pp. 44-45). 6ª edición. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

el título de *pro praetores* (incluso si habían sido cónsules) y eran elegidos libremente por el emperador por tiempo indeterminado. En toda esta organización, Egipto gozó de un régimen excepcional, ya que se le consideraba como un verdadero reino atribuido al príncipe como tal. El virrey que la administraba, el *praefectus Augustalis*, era elegido en la clase ecuestre y con el fin de evitar toda injerencia de la *nobilitas* en este pródigo granero del Imperio, se llegó a prohibir su acceso a los senadores.

I. 4. El dominado y la crisis del Bajo Imperio

Tras la caída de la dinastía de los Severos, que ya presentaba acentos absolutistas muy alejados del régimen instaurado por Augusto, el Imperio entró en uno de los más oscuros períodos de la historia romana, donde se dieron la mano una profunda crisis política y una lamentable situación económica.¹⁹⁸ Con la doble denominación de monarquía absoluta o Bajo Imperio se conoce este período, que comienza con la anarquía militar que dura cincuenta años (235-284) y durante la cual el Ejército se convierte en el protagonista absoluto de la vida política, sucediéndose 22 emperadores en este medio siglo. El acceso al poder de Diocleciano supone el fin de la anarquía militar, en 284, y el comienzo de una nueva etapa de gobierno absoluto en el que todo el poder recae en el *dominus* o emperador, considerado ya como “señor y dios” (*dominus et deus*). Él es el fundador de un nuevo orden constitucional absolutista, cuyo pleno desarrollo se debe a Constantino, el que solemos designar como “dominado”, porque el emperador ya no es el *princeps* (primero entre los ciudadanos) sino el señor (*dominus*) de la comunidad, y los ciudadanos sus súbditos.

¹⁹⁸ Una amplia panorámica sobre este período y sobre el Dominado en general presenta DE MARTINO, *op. cit.*, V.

Durante la monarquía absoluta, seguramente aún había cónsules, pretores, cuestores y senadores, tanto en la antigua como en la nueva Roma (Constantinopla), pero se trataba de instituciones honoríficas que, en general, tenían muy poca influencia en cuestiones de alta política ya que el gobierno estaba exclusivamente en manos de los emperadores y de su burocracia.¹⁹⁹

Especial interés supone el análisis de los rasgos del Bajo Imperio dado que, como afirma A. Fernández de Buján (20079,²⁰⁰ son los elementos jurídico-políticos con los que los monarcas de la Edad Moderna construyen el Estado absoluto. Para este autor, tales elementos serían los siguientes: 1) El absolutismo: entendido como el poder omnímodo e ilimitado del monarca para dictar leyes sin estar él mismo vinculado a su cumplimiento (*princeps legibus solutus est* o *quod príncipe placuit legis habet vigorem*); 2) La fundamentación sobrenatural del poder: un poder absoluto no suele justificarse con argumentos puramente terrenales, sino que busca una fundamentación teocrática tanto en el Bajo Imperio romano como en el antiguo régimen; 3) El militarismo: con Diocleciano el ejército se convierte en el pilar básico del Estado, y llega a tener 500.000 soldados; 4) La amplia burocracia rígidamente jerarquizada ejecutoria del intervencionismo estatal; 5) La presión fiscal voraz y cuasi confiscatoria; 6) La influencia del estilo de vida oriental en el lujo.

Al concluir el siglo III, Diocleciano lleva a cabo una gran reorganización del Imperio presidida por el criterio de multiplicar las provincias y agruparlas bajo la dependencia de unidades más amplias llamadas “diócesis”. El Imperio queda repartido en doce diócesis, dirigidas cada una por un vicario, con un total de 101 provincias.²⁰¹

¹⁹⁹ WOLFF, *op. cit.*, pp. 52-53.

²⁰⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, pp. 191-192.

²⁰¹ ANDERSON, A. (1932). The génesis of Diocletian's provintial administration. *JRS*, 22.

El criterio general de subdividir las provincias afectó a *Hispania*²⁰² y la *Citerior* o Tarraconense dio lugar a otras tres: la Tarraconense propiamente dicha, la Cartaginense y *Gallaecia*, que a partir de ese momento y hasta nuestros días adquiere sustantividad propia.²⁰³

Por otra parte, el sistema estaba lleno de ineficacia y corrupción. Ésta, en particular, era provocada, en parte, por la opresiva reglamentación debida a la creciente incapacidad del Imperio para poder cuadrar los presupuestos. La población fue encuadrada a la fuerza en grupos cerrados de oficios u organizada en corporaciones, cada una encargada de determinados servicios, en las que la condición de miembro se hacía hereditaria y la población rural estaba sujeta a la tierra.²⁰⁴ La consecuencia de todo esto fue una tendencia hacia la feudalización, en que los grandes terratenientes que podían proteger a los campesinos contra la rapacidad de los recaudadores de impuestos conseguían establecerse como patronos semiindependientes rigiendo *coloni* semiesclavos. La parte occidental del Imperio, donde esta *praxis* era especialmente fuerte, se derrumbó cuando las hordas bárbaras invadieron sus fronteras.

El Imperio romano fue el estado de mayor tamaño que haya conocido nunca la Eurasia occidental. Durante más de cuatrocientos años se extendió desde el Muro de Adriano hasta el río Éufrates, transformó la vida de todos los habitantes circunscritos por sus fronteras y dominó pueblos y tierras situados a miles de kilómetros

²⁰² Sobre la incidencia en *Hispania* de esta reestructuración administrativa, ver STROHEKER, H. (1972-1974). *Spanien im spätrömischen Reich (284-475)*, AEA, 45-47, p. 587 y ss.

²⁰³ Acerca de la génesis y desarrollo ulterior de la provincia Gallaecia, ver RODRÍGUEZ-ENNES, L. (2004). *Gallaecia: romanización y organización del territorio* (p. 43 y ss.). Madrid: Dykinson.

²⁰⁴ Para esta cuestión, ver GAGÉ, J. (1964). *Les classes sociales dans l'Empire Romain*. París: Aymard.

de sus confines. Una serie de sistemas íntimamente relacionados y compuestos por fortalezas, por redes estratégicas en calzadas y por ejércitos profesionales excelentemente entrenados constituyen, a un tiempo, el símbolo y la garantía de este dominio. Sin embargo, en el plazo de una generación el orden romano se vio conmocionado hasta la médula.²⁰⁵

¿Por qué se hundió Roma? En el mundo anglófono la caída está inevitablemente ligada a la “decadencia”, debido a que el título de la monumental obra de Edward Gibbon, *The History of Decline and Fall of the Roman Empire* (Londres, 1776-1788), ha quedado firmemente grabada en la memoria colectiva. Como ha señalado Goldsworthy (2009), “ningún otro libro de historia del siglo XVIII ha sido publicado con tanta regularidad en diversas formas y ediciones hasta el siglo de hoy”.²⁰⁶ Para Gibbon (1906), la decadencia de Roma era tan natural que no exigía ninguna explicación: “The story of his ruin is simple and obvius; and indstead of inquiring why the Roman Empire was destroyed, we should rather be surprised that it had subsisted so long”.²⁰⁷ En cierto sentido, la formulación gibboniana fue fundamental, rompió simple e inequívocamente con todas las teorías cíclicas, místico-biológicas y metafísicas de la decadencia y afirmó con claridad el punto de vista “naturalista”. Había que buscar la causa dentro del mismo sistema. Este punto de vista ha sido

²⁰⁵ En esta cuestión de la crisis del Imperio romano, ver RODRÍGUEZ-ENNES, L. (2014). Depreciación monetaria e inflación en la crisis del Bajo Imperio. *RGDR*, 22.

²⁰⁶ GOLDSWORTHY, A. (2009). *La caída de Imperio Romano. El ocaso de Occidente* (p. 13.). La Esfera: Madrid.

²⁰⁷ GIBBON, *op. cit.*, IV, p. 161. J. B. Bury, que preparó la mejor edición de la historia gibboniana, señala sin ambages que las investigaciones posteriores más exhaustivas “no han alterado ni embotado la naturaleza de sus argumentos”. Cfr. GIBBON, E. (1906). En J. B. BURY (Ed.). *The History* (p. 14). Nueva York: Oxford University Press.

confirmado por nuestro propio análisis. Porque éste ha demostrado que el Imperio romano no decayó a causa de una sola característica: el clima, la tierra, la salud de la población, ni tampoco a causa de los factores sociales y políticos que desempeñaron un papel tan importante en el proceso real de su decadencia, sino porque en cierto momento se vio sometido a tensiones que toda la estructura de la sociedad antigua le impedía soportar.

La crisis del siglo III y el fin del mundo antiguo es un terreno abonado para el ejercicio de la polémica. Crisis y decadencia no son conceptos históricos, quiero decir, científicos. Que puedan y deban serlo es otra cuestión. Tradicionalmente, la crisis del siglo III ha sido descrita como un período nefasto. Fue una época en la que los romanos sufrieron derrota tras derrota a manos de enemigos extranjeros nuevos y poderosos. Al mismo tiempo, la economía entró en crisis debido a la enorme devaluación de la moneda que llevaron a cabo los sucesivos operadores para hacer frente al pago de sus guerras. Como ya hemos consignado, también cambió la sociedad y algunos de los ciudadanos más pobres de las zonas rurales se vieron reducidos a poco más que siervos. Todo esto vino acompañado de una crisis de fe, a medida que en todo el imperio la población fue abandonando las antiguas creencias por nuevas religiones y descabelladas supersticiones.

No cabe duda de que la clave de todos estos desastres debe buscarse, pues, en la tercera centuria y fueron muchos autores contemporáneos los que tuvieron conciencia de la crisis, a la que naturalmente designaban con otras palabras: *corrupta*, *occasus saeculi*, *inclinatio fatorum*... pero que supieron describir con gran realismo, acertando incluso a poner sus inicios con el fin de la dinastía de los Antoninos.²⁰⁸ San Cipriano peregñaba un cuadro muy sombrío hacia el 252: los medios

²⁰⁸ A la crisis de su tiempo aluden Herodiano 4, 4 7 y Lactancio, *De mart. pers.*, 7, 3, entre otros.

de subsistencia escaseaban, los precios subían, las minas estaban agotadas, las fuerzas artesanales mermaban, se añade a esto la falta de campesinos en la agricultura.²⁰⁹

No era posible detener la inflación que hacia mediados del siglo III alcanzó dimensiones catastróficas. Las más modernas investigaciones sugieren que a pesar de las devaluaciones de los primeros años de ese siglo, la gran inflación comenzó realmente tras la muerte de Alejandro Severo en el 235, llegando a su culmen con Diocleciano, al exceder el cien por ciento en el último trimestre de 301.²¹⁰ En esta fecha, el emperador intenta escarbar con la escalada de precios mediante el expeditivo método de ilegalizarla. A tal fin dicta el *Edictum de pretiis rerum venalium*,²¹¹ mediante el cual fijó precios a las subsistencias²¹². El edicto fue un fracaso. Lactancio nos cuenta que subieron más los precios y que al fin hubo “gran efusión de sangre a causa de pequeños e insignificantes detalles”.²¹³ Lactancio registró exactamente lo que pasó a pesar de la represión, hubo una retirada masiva de bienes y aumento de precios que condujo a la derogación final del edicto.²¹⁴ De toda la administración diocleciana, lo que más

²⁰⁹ *Ad Demetr.* 3 ss.: “El número de agricultores disminuye y faltaban en los campos. Menos marinos en el mar, menos soldados en los campamentos”.

²¹⁰ ROBLES VELASCO, L. M. (2009). Notas sobre las crisis económicas en el Imperio romano: entre la libre iniciativa y el intervencionismo. *RGDR*, 12, p. 1 y ss.

²¹¹ El emperador se expresa así en el preámbulo: “Los precios de las cosas que se compran en el mercado o que se traen cada día a las ciudades han sobrepasado todos los límites (...) Esta voracidad tiene que encontrar un tope en nuestra ley”. Cfr. MOMMSEN, T. (1851). *Das Edict Diocletians de pretiis rerum venalium*. *Berich Säch Gessells d. Wiss*, 3.

²¹² WASSINK, A. (1991). Inflation an Finantial Policy Under the Roman Empire to the Price Edict of 301 A. D. *Historia*, 4-4, p. 465-494.

²¹³ Lactancio, *De mart. pers.*, 7, 6-7.

²¹⁴ *Ibidem*.

se le puede reprobar sea acaso la introducción de estos precios fijos, pero tampoco se podría desconocer por completo su buena intención. Teniéndolo todo en cuenta acaso sea su gobierno uno de los más eficaces y mejor intencionados que conoció el Imperio. Si se le libera de las persecuciones de los cristianos y de las deformaciones y exageraciones de Lactancio, los rasgos de este emperador cobran una dimensión diferente.²¹⁵

En suma, decayó el número de habitantes,²¹⁶ la *penuria hominum* es denunciada por Ulpiano de forma explícita.²¹⁷ En esta alarmante despoblación influyeron las guerras, las condiciones higiénicas las miserias de las familias, la anarquía militar y las epidemias –abundantes

²¹⁵ El viejo Aurelio Víctor, que en modo alguno es lego para los aspectos sombríos, dice de él: “Se hizo llamar el señor, pero se comportó como un padre (...) Finalmente, con ocasión de la abdicación, dice: Nuestra opinión es que fue menester una gran disposición para descender otra vez a la vida común con desprecio de toda pompa.” Cfr. BURCKHARDT, J. (1982). *Del paganismo al cristianismo* (pp. 64-65). Madrid: Fondo de Cultura Económica. En este sentido, con su ágil pluma periodística pero plena en conocimientos históricos, Indro Montanelli escribe: “Con apenas cincuenta y cinco años se retiró al bellissimo palacio que se hizo construir en Spalata y ya no volvió a salir de él. Cuando unos años después, Maximiniano solicitó su intervención para poner fin a la guerra de sucesión en que había desembocado la nueva Tetrarquía, respondió que semejante invitación sólo podía llegarle de quien jamás había visto con qué lozanía crecían las colas de su huerto. Y no se movió. Alcanzó los sesenta y tres años, y nadie ha sabido jamás lo que pensaba de la anarquía que empezó de nuevo tras él. Había hecho todo lo que un hombre podía hacer: la demoró durante veinte años.” Cfr. MONTANELLI, I. (1971). *Historia de Roma* (p. 397). 4ª edición. Barcelona: Plaza y Janés.

²¹⁶ Sobre la despoblación, ver SALMÓN, P. (1974). *Population et dépopulation dans l'empire romain*. L'Antiquité Classique. Bruselas: Latomus.

²¹⁷ D. 50, 6, 3 (2,1) Ulp. De off. Proc.: *Impuberes, quamvis neccesitas penuria hominum cogat*.

en este período— pero quizás con orígenes en el siglo II en el que se extendió la peste bajo el reinado de Marco Aurelio,²¹⁸ a la que siguieron otras epidemias y catástrofes naturales. Por todo ello, decayó el número de habitantes y se hizo más corta la esperanza general de vida.

I. 5. Justiniano

Justiniano había nacido en el año 482 en la pequeña localidad de *Tauresium*, en la actual Macedonia del Norte, es decir en los confines occidentales del Imperio de Oriente. Su traslado a Constantinopla debió seguir a la llamada de un tío suyo, un general del ejército que llegaría a ser emperador en 518: Justino I. Este hecho aceleró la carrera política de Justiniano, que en 527 fue asociado al poder como *Augustus* y a la muerte de Justino I, ocurrida ese mismo año, le sucedió. Permaneció como emperador hasta 565, año en que le sobrevino la muerte²¹⁹.

Con el reinado de Justiniano tuvo punto final la historia del Imperio y derecho romano en la Antigüedad. Una vez más, y por última vez, estuvo unida en manos de un emperador romano la mayor parte del Imperio. Asimismo, también por última vez, se intentó imponer el derecho antiguo en su lengua latina original, como el derecho de todo el Imperio. Sin embargo, esta nueva unidad jurídica y política no duró mucho tiempo. La mayor parte de los territorios reconquistados en Occidente pronto volvieron a perderse después de la muerte de Justiniano y la separación del Oriente griego y del Occidente latino se hizo definitiva. Sin embargo, el derecho romano continuó en vigor tanto en Oriente como en Occidente. Pero en

²¹⁸ BRUUN, G. (2007). The Antoine Plague and the Third Century Crisis. *Crisis and the Roman Empire* pp. 201 y ss.). Boston: Universidad de Leiden-Boston.

²¹⁹ THÜR, G. (2004). Nota a Mazal, O. Justiniano I und Seine Zeit. ZSS, 121.

ambos hemisferios del antiguo Imperio asumió un carácter diferente y evolucionó separadamente a lo largo de líneas divergentes.

La historia del derecho romano, en cuanto fue el derecho de Roma, había terminado su carrera con la codificación de Justiniano. Pero esta codificación puso en condiciones al derecho romano de ejercer aquellas influencias a través de todo el mundo, que lo reconoció superior a todos los otros sistemas jurídicos en la historia de la humanidad.²²⁰

II. Perspectiva jurídica

II. 1. Nociones introductorias: *cives, latini, peregrini*. *La Constitutio antoniana*

El término ciudadanía, en sentido moderno, indica la idea de pertenencia del individuo a una comunidad política, cualquiera que sea su estructura constitucional, según la concepción actual del Estado-nación. La palabra latina *civitas*, expresa originariamente, no la pertenencia a cualquier organización estatal, sino exclusivamente al Estado-ciudad, democráticamente organizada. En cambio, el súbdito de un reino no es para los escritores romanos de época republicana, un *civis*, sino un hombre sometido a la voluntad del monarca.²²¹ Los ciudadanos romanos —*cives romani*— forman parte del pueblo de

²²⁰ Sobre la obra legislativa de Justiniano y su época puede verse, en general, ARCHI, G. (1970). *Giustiniano Legislatore Saggi*. Bolonia: Il Mulino; HONORÉ, T. (1978). *Tribonian*. Duckword: London; BONINI, R. (1979). *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*. Granada: Universidad de Granada.

²²¹ SHERWING-WHITE (1973). *The Roman Citizenship*, Oxford: Oxford University Press.

Roma y ostentan la plenitud de los derechos civiles y políticos. Estos ciudadanos son personas jurídicamente capaces que intervienen en el gobierno de la *civitas* romana y de los territorios a ella incorporados.²²² La cualidad de *civis* es la única que concede al individuo la completa capacidad jurídica respecto al ordenamiento romano. El *ius civile* es, pues, el conjunto de las normas jurídicas destinadas a la regulación de las relaciones jurídicas entre los ciudadanos romanos exclusivamente.

Los *latini* constituyen una categoría inferior. Su origen se remonta a la situación de los pueblos del Lacio confederados en Roma (*latini prisci*), convertido luego en una cuasi ciudadanía aplicada a personas de las provincias que forman parte del Imperio. Quienes eran titulares de ese *ius latii* se regían por el derecho romano en lo relativo a asuntos comerciales y patrimoniales (*ius commercium*), pero de ordinario no podían usar de él en lo relativo a otras cuestiones civiles, el matrimonio con romanos (*ius connubii*), ni por supuesto en el ejercicio de los derechos estrictamente políticos: derecho al voto (*ius suffragii*) o a ser elegidos para desempeñar cargos en Roma (*ius honorum*).²²³

Los no ciudadanos romanos, los extranjeros, fueron llamados primeramente *hostes* y, más tarde, *peregrini*. En sentido jurídico, el

²²² Esta concepción política del Estado-ciudad se conserva incluso cuando la soberanía de Roma, como consecuencia de las conquistas militares y de la expansión política, se extiende sobre territorios cada vez más amplios en la península itálica y fuera de ella. Todavía a comienzos del Imperio se sigue hablando de la *civitas* de Roma, en su ordenamiento constitucional de Estado-ciudad, como entidad soberana que domina sobre un inmenso territorio y que progresivamente extiende su autoridad. Cfr. DAZA, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. (2009). *Instituciones de Derecho Privado Romano* (pp. 60 y ss.). 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanc, Valencia.

²²³ Sobre el tema, ver GARCÍA Y BELLIDO, A. (1976). La latinización de Hispania. *Archivo Español de Arqueología*, 40, 115-116, pp. 3-29.

término se opone al de *civis romanus* y se refiere a todo hombre libre que no es ciudadano romano ni latino y que vive dentro del mundo romano. El *peregrinus*, en principio, carece de derechos dentro de la comunidad romana, y no le es de aplicación el ordenamiento jurídico de Roma, sino el suyo propio, en virtud del principio de la personalidad del derecho, vigente en la antigüedad²²⁴. Durante el siglo IV a. C. y, como consecuencia del desarrollo del comercio internacional, se plantea en Roma el problema de la tutela jurídica y defensa procesal del extranjero. Uno de los efectos inmediatos de este vigoroso impulso comercial fue la creación, en el año 242 a. C., de un nuevo pretor, con jurisdicción sobre las relaciones entre romanos y extranjeros: *praetor qui inter cives et peregrinos ius dicit*, con mayor sencillez, *praetor peregrinus*, competente también para conocer los litigios entre los propios extranjeros dentro de la ciudad de Roma.²²⁵ Para distinguirlo del derecho ordenador de las relaciones entre romanos o *ius civile*, este nuevo derecho, nacido de este tipo de relaciones, se denominó *ius gentium*.

La filosofía griega, popularizada en Roma principalmente por Cicerón en el siglo primero a. C., creía en la existencia de conceptos e instituciones jurídicas inherentes a la naturaleza humana y, por consiguiente, racionales y compartidas por toda la humanidad.²²⁶ Conforme a esta teoría, se hace referencia al hecho de que un cierto

²²⁴ DE VISSCHER, F. (1958). La condition des pérégrins á Rome jusqu'à la Constitution Antonine de l'a 212. *Recueils de la Société Jean Bodin* (pp. 209-235). Bruselas: De Boeck Université.

²²⁵ ARANGIO-RUIZ, *Historia*, op. cit., p. 178.

²²⁶ Al igual que Cicerón, los juristas romanos clásicos no ignoraban la existencia de una justicia natural, pero, interesándose principalmente por la aplicación práctica del derecho, dieron preferencia a aquellos principios que derivaban positivamente de las tradiciones, leyes y edictos establecidos. Para esta cuestión, ver LEVY, E. (1949). Natural in Roman Thought. *SDHI*, XV, pp. 1-23.

número de principios desarrollados por el *praetor peregrinus* habían resultado útiles también en la jurisdicción del *praetor urbanus*; el reconocimiento de la *fides* como base para obligaciones exigibles es un ejemplo. El concepto del *ius gentium* como un derecho natural común a todas las naciones tuvo un efecto estimulante en la evolución del derecho romano. En particular, ayudó a los romanos a superar la rigidez del primitivo formalismo de su derecho. Es en este sentido que los juristas pudieron decir que, en tanto que el *ius civile* podía no ser *ius gentium*, el *ius gentium* era necesariamente *ius civile*. Como dice Arangio-Ruiz (1970), “esto debe tenerse siempre muy presente si se quieren evitar lamentables equívocos”.²²⁷

Toda esta gama de relaciones significó un gran progreso para el derecho romano, porque al lado de los antiguos negocios solemnes en los cuales la voluntad había de expresarse con formas determinadas, pudo disponerse, en lo sucesivo, de convenciones libres celebradas mediante los medios de expresión que puliesen a las partes y con los efectos jurídicos que resultasen más adecuados a sus intenciones, según la significación que las palabras escritas u orales tuviesen en el mundo de los negocios. Estos fueron, empleando la terminología propia de la dogmática moderna, los negocios no solemnes y causales, expresiones de una conciencia jurídica nueva a la cual, en el transcurso del tiempo, habían de amoldarse todas las relaciones de la vida.

Los beneficios correspondientes al ordenamiento jurídico del pueblo dominante, es decir, los propios del derecho romano, se atribuyen en principio no de forma global, sino mediante un procedimiento selectivo y matizado. Hasta la concesión por Caracalla en el siglo III de la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio, el acceso al derecho romano se limitó normalmente al nivel intermedio de la latinidad, y fue entendido siempre como

²²⁷ ARANGIO-RUIZ, *Historia*, op. cit., p. 182.

una recompensa específica a particulares en el supuesto de otorgarles esa latinidad o la plena ciudadanía. Bajo tales supuestos hay que contemplar la progresiva adquisición del derecho romano, primero a través del *ius latii* por individuos aislados, posteriormente por grupos enteros y, finalmente, por los habitantes de enteras provincias. El disfrute de la latinidad fue además un paso intermedio para adquirir la ciudadanía en el caso de desempeñar magistraturas municipales, cuyos titulares y familias quedaban auténticamente convertidos en ciudadanos romanos. Por otra parte, la concesión del *ius latii* a una ciudad permitía que se organizara de modo análogo a las colonias de ciudadanos romanos, disfrutando sus habitantes de una condición similar a la de éstos. Vespasiano, hacia el 73 o 74, otorgó la latinidad a todos los *hispani*. Al ser suficiente la pertenencia a los amplios consejos municipales para acceder a la ciudadanía romana, y al hacerse además extensivo a sus familias, la ciudadanía debió alcanzar durante los cien años que transcurrieron de Adriano a Caracalla a la inmensa mayoría de los indígenas.²²⁸

El proceso de romanización culmina con una Constitución de Antonino Caracalla. En el año 212, ese emperador decretó que todos los habitantes libres del Imperio romano, dondequiera que habitasen, desde Escocia hasta Siria, eran ciudadanos romanos.²²⁹

²²⁸ Ver BOSWORTH, A. B. (1953). Vespasian and the provinces. Some problems of the early 70's. A. D. *Athenaeum*, 51, pp. 49 y ss.; CHASTAGNOL, A. (1968). Les causes de la romanisation de l'Espagne. *Annales*, 23; WIEGELS, R. (1978). Das Datum der Verleihung des *ius Latii* an die Hispanien zur personal und Municipalpolitik in die erste Regierungsjahren Vespasian. *Hermes*, 106, pp. 196-213.

²²⁹ Según el fragmento que conocemos de esa *Constitutio antoniniana*, Caracalla dispuso lo siguiente:

“(…) Otorgo a todos cuantos se hallan en el orbe la ciudadanía romana, sin que quede nadie sin una ciudadanía excepto los dediticios. En efecto, conviene que todos, no solo contribuyan en todo lo demás, sino que participen también de la

Como con su hábil pluma escribe Mary Beard (2016):²³⁰

Fue una decisión revolucionaria que eliminó de un plumazo la diferencia legal entre gobernantes y gobernados, y la culminación de un proceso que se había prolongado durante casi un milenio. Más de treinta millones de provincianos se convirtieron legalmente en romanos de la noche a la mañana. Fue una de las mayores concesiones de ciudadanía, sino la más grande, de la historia universal. (p. 561).

Esta Constitución, por su transcendencia y proyección general al universo romano, supuso el abandono de la aplicación personal del derecho sustentado en el binomio *ius civile* –*ius gentium*– y su sustitución por la territorialidad que significa la aplicación general a todos los habitantes de un territorio y que subsiste hasta nuestros días. La lectura de los textos suscita una incógnita que constituye el centro polémico de la constitución imperial. Se otorga la ciudadanía romana a todos, sin que quede nadie sin ciudadanía excepto los *dediticios*. Tales palabras dan a entender que el alcance de tal beneficio no fue absolutamente general, puesto que se menciona una excepción. En mi opinión, el nombre de *dediticii* se aplica en primer lugar a ciertos *peregrini* que forman una categoría especial, la peor de todas, y están sometidos a las más duras condiciones en razón de haber sido derrotados tras haber resistido con las armas en la mano. Como cláusula principal del tratado de anexión al poder romano, debían entregarse a sus vencedores con sus armas, su territorio y sus bienes.²³¹

victoria. Y esta constitución manifiesta la grandeza del pueblo romano.” Traducción de A. D’ORS (1948). *Introducción al estudio de los documentos del Egipto romano* (p. 203). Madrid: CSIC.

²³⁰ BEARD, *op. cit.*, p. 561.

²³¹ RODRÍGUEZ ENNES, *Gallaecia: romanización*, *op. cit.*, pp. 24-25, nt. 50, con

Al quedar convertidos en ciudadanos todos los habitantes libres del Imperio, desapareció la tradicional frontera jurídica entre las personas (*cives, latini, peregrini*), cobrando fuerza en su lugar la mera diferenciación social. Se distinguió así desde entonces a los *honestiores*, pertenecientes a las clases económicamente poderosas, de los *humiliores*, situados en el estrato inferior de la sociedad.

III. A modo de conclusión

Lo inequívoco frente a la historia es que Roma, en su máxima expansión territorial, política, económica y social, hizo a Augusto y sus sucesores dueños de un imperio interconectado y en proceso de integración social, razones de sobra para considerar legítimo su estudio desde una perspectiva histórica sobre globalización. Así las cosas, Roma, al tiempo que se expandía territorialmente, también lo vertebraba y lo ordenaba para apropiárselo, primero construyendo una red vial que alcanzó los 80.000 km, monumento tan duradero que al menos hasta finales del siglo XVIII muchas de las vías, que integraban la red de carreteras europea, seguían siendo romanas, prolongando sus vestigios y, en ocasiones, su utilidad hasta la actualidad. Como resultado de tan magna obra, a través de ese complejo entramado vial se lograron unir las ciudades costeras con sus puertos y de este modo generar un comercio marítimo incesante.

amplio acopio de fuentes y bibliografía sobre los *dediticii*. Con todo, existen dudas sobre quienes eran estos *dediticii* excluidos, pues la fuente principal de información (*Pap. Giessen* 40, 1), al margen de ser una traducción griega, nos ha llegado en un estado muy deficiente. Ver D'ORS, A. (1966). Nuevos estudios sobre la Constitución antoniniana. *Atti del XI Congresso Internazionale di Papirologia* (pp. 408 y ss.). Milán: Istituto Lombardo di Scienze e Lettere.

El producto resultante fue un todo orgánico que unió los núcleos urbanos interiores entre sí, éstos con los costeros y ellos a su vez a través de las rutas navales, con ciudades ubicadas en otros continentes.

De otro lado, a la construcción de las calzadas le seguía la provincialización del territorio. En síntesis, la conquista y subsiguiente división territorial del Imperio constituye el acto transformador clave al unir un sistema altamente fragmentado de antiguos entes políticos en un sistema interdependiente de entidades territoriales (provincias) no soberanas, del cual había emergido un Estado mundial bajo la autoridad de un único gobernante con un único derecho, una única moneda u una única lengua. Este punto es un signo diferenciador de la globalización contemporánea, pues ésta debe enfrentarse a un sistema dividido en Estados-nación en pugna interestatal continua que dos mil años después continúa.

Los juegos de gladiadores: desde el rito funerario hasta el espectáculo imperial y las reformas de Augusto

Por Gustavo A. Abreu²³²

I. Introducción

Augusto conocía la importancia de los espectáculos públicos, intentaba ir a todos aquellos que se celebrasen, y el hecho de que pidiese permiso para ausentarse, en algunos de ellos, era una clara prueba de ello. En este punto existía un contraste con Julio César respecto de la atención dispensada hacia estos eventos masivos, lo que demuestra que comprendía la relevancia que estos juegos tenían para la sociedad.²³³

²³² Abogado por la Universidad Nacional de La Plata. Doctor en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos (España). Profesor de Derecho Romano de la Universidad Austral. El autor agradece la colaboración de Lucas Czerwonko, alumno de la carrera de Derecho de la Universidad Austral por su participación en las tareas de revisión bibliográfica y de redacción.

²³³ Según SUETONIO, Augusto “se ausentaba del espectáculo muchas horas y a

El disfrutarlos y asistir como uno más de la sociedad reunida en el circo, en el teatro o en los juegos de gladiadores lo acercaba a todos aquellos que se encontraban por debajo de él. Desde Augusto, las celebraciones públicas de este tipo de espectáculos se convirtieron en un nuevo marco de encuentro entre el emperador y las diversas capas sociales, lo que permitió convertir un pasatiempo ya aceptado por todos ellos en un sitio de encuentro festivo.

Las medidas que Augusto tomó respecto de los espectáculos públicos tenían no solo la intención de embellecer la capital para que alcanzara el estatus que merecía, sino también la de crear nuevos elementos de contacto con la sociedad y, en este ámbito, se producía naturalmente una interacción más directa, pues el emperador se encontraba con todas las clases sociales al mismo tiempo con ocasión de los festejos.

En consecuencia, los espectáculos no se proponían solo mantener a la plebe urbana contenta y entretenida, sino que funcionaban también como un mecanismo de comunicación, en el que unos mostraban su status social mientras otros se veían aceptados y representados. Todo ello en un contexto de aceptación y aclamación del nuevo régimen.²³⁴

veces días enteros, tras pedir permiso y recomendar a quienes habían de sustituirlo en la presidencia. Ahora bien, siempre que estaba presente, no hacía ninguna otra cosa, ya sea a fin de evitar críticas, con las que, según recordaba, se atacaba de forma generalizada a su padre César, porque en medio del espectáculo se dedicaba a leer o contestar cartas o escritos; ya por interés en el espectáculo o por el placer que le dominaba al contemplarlo, el cual nunca disimuló y más bien confesó muchas veces cándidamente”, CAYO SUETONIO TRANQUILO (1994). *Vida de los doce césares* (p. 55). XLIII. Trad. José Guillén. Madrid: Gredos.

²³⁴ Al respecto FRIEDLAENDER, sostiene: “Augusto descolló sobre todos por la frecuencia, la variedad y el esplendor de sus espectáculos; el fundador de la monarquía (SIC) atribuía, indudablemente, gran importancia a este asunto, pues

Este trabajo se propone, en primer lugar, reseñar el origen de los *ludi* y las posibles causas que llevaron al desarrollo de los *munera* o juegos de gladiadores en Roma. También busca analizar cómo al mismo tiempo que éstos dejaron de ser un rito funerario cerrado de la aristocracia, se transformaron en un espectáculo público utilizado para actos de proselitismo político, para finalmente incorporarse a los *ludi romani*. Todo esto se había dado sin que las autoridades estatales de la República se decidieran a regular su organización de manera integral.

Por último, se analizarán las denominadas reformas de Augusto que marcaron un antes y un después en la *gladiatura*, dotándola de unas reglas oficiales, las aprobadas por el emperador, que convirtieron a este espectáculo público en un poderoso entretenimiento de las masas y en un gran instrumento de romanización de los nuevos territorios.²³⁵

así lo atestigua el detalle con que informa acerca de esto en el memorial de su vida y a las órdenes tan extensas y minuciosas que cursó en torno a ello durante todo su reinado.” FRIEDLAENDER, L. (2021). *La sociedad romana. Historia de las costumbres en Roma, desde Augusto hasta los Antoninos* (p. 499). Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica.

²³⁵ La conquista del Mediterráneo occidental por parte del Estado romano trajo consigo a largo plazo la adopción por parte de los provinciales de una serie de elementos culturales propios de la civilización romana, en el contexto de lo que se ha dado en denominar *romanización*, un concepto en revisión en los últimos años, que sin duda no debe ser entendido como una mera imposición de lo romano sobre las culturas indígenas, sino como un intercambio cultural que dejaba espacio, tanto para el mestizaje como para la pervivencia de rasgos no romanos durante un espacio de tiempo prolongado. PINA POLO, F. (2007). Los espectáculos agonísticos en el occidente del imperio romano. *Salduie: Estudios de prehistoria y arqueología*, 7, p. 143.

II. Origen religioso de los *ludi*

En la Antigüedad no había ni un solo acto de la vida pública en que no interviniesen los dioses. Como se vivía bajo el imperio de la idea de que podían ser, o excelentes protectores o crueles enemigos, el hombre jamás obraba sin estar seguro de que le fuesen favorables. En Roma, el pueblo solo se reunía en asamblea los días en que la religión se lo permitía, y antes de empezar la sesión era preciso que los augures asegurasen que los dioses eran propicios.²³⁶

En esta etapa de formación de Roma como Estado, todos los juegos desempeñaban un papel primordial en momentos de crisis y renacimiento de la comunidad. Su origen de ofrecimiento a los dioses, de celebración postrera a la superación de un peligro o al simple mantenimiento periódico del orden general estaba fuera de toda duda.²³⁷ Y fue este sentido de regalo a los dioses que protegen a

²³⁶ El lugar donde se reunía el Senado de Roma era siempre un templo. Si se hubiese celebrado alguna sesión fuera de lugar sagrado, las decisiones adoptadas habrían estado afectadas de nulidad, pues los dioses no habrían estado presentes. FUSTEL DE COULANGES, N. D. (2007). *La ciudad antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma* (p. 157). México: Editorial Porrúa.

²³⁷ Según HUIZINGA, “el carácter lúdico puede ser propio de la acción más sublime. ¿No podríamos seguir hasta la acción cultural y afirmar que también el sacerdote sacrificador, al practicar su rito, sigue siendo un jugador? Si se admite para una sola religión, se admite para todas. Los conceptos de rito, magia, liturgia, sacramento y misterio entrarían, entonces, en el campo del concepto *juego*. Para Platón, se daba, sin reserva alguna, esta identidad entre el juego y la acción sacra. No tenía reparo en incluir las cosas sagradas en la categoría de juego. En esta identificación platónica del juego y lo sacro, lo sagrado no desmerece porque se le califique de juego, sino que éste queda exaltado porque su concepto se eleva hasta las regiones más altas del espíritu.” HUIZINGA, J. (2004). *Homo Ludens*, Trad. E. Imaz. Buenos Aires: Emecé.

una comunidad, que al mismo tiempo se exaltaba a sí misma en los juegos, lo que debió provocar su nacimiento.²³⁸

El rey, más tarde los cónsules, y finalmente los emperadores dirigían las ceremonias sagradas consultando los auspicios. Como el primer cuidado del Estado era conservar el favor de los dioses, la máxima autoridad atendía a su servicio con solicitud, ocasionando que los sacrificios, las fiestas y los juegos religiosos se sucedieran continuamente. En consecuencia, el gasto anual para los juegos, las fiestas y los sacrificios era ciertamente más gravoso en la Antigüedad que todas las otras cargas del presupuesto del Estado romano juntas.²³⁹

A través de la correcta realización de los rituales, de las ofrendas y de los sacrificios a los dioses, los romanos trataban de obtener la bendición divina, y el mantenimiento de la *pax deorum* tenía, por tanto, un marcado carácter contractual.²⁴⁰ La desatención impía de los deberes culturales ocasionaba el castigo de los dioses. Es por esto que los rituales y sacrificios se ofrecían para obtener la prosperidad de la familia y del Estado antes de la celebración de asambleas políticas, de la realización de campañas militares, de la celebración de

²³⁸ GARRIDO MORENO, J. (2000). El elemento sagrado en los *ludi* y su importancia en la romanización del occidente romano. *Iberia. Revista de la Antigüedad de la Universidad de La Rioja*, Vol. 3: Lo sagrado en el proceso de municipalización del occidente latino.

²³⁹ Cfr. IHERING, R. V. (2011). *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo* (p. 169). Versión española con la autorización del autor y notas por Enrique Príncipe y Satorres, con estudio preliminar sobre "Ihering, ensayo de explicación", de José Luis Monereo Pérez, Granada: Comares.

²⁴⁰ La expresión *pax deorum* o "paz con los dioses" nació de la necesidad de explicar y mantener la conexión entre los seres humanos y el ámbito divino en la Roma antigua, en la creencia de que la prosperidad y el bienestar de la sociedad dependían en gran medida de cumplir con las obligaciones religiosas hacia los dioses.

uniones matrimoniales o del emprendimiento de cualquier actividad de resultado incierto.²⁴¹

Los juegos, es decir, los espectáculos públicos que la generosidad de los magistrados y de los particulares ofrecían al pueblo de Roma eran llamados genéricamente *ludi*. Los primeros *ludi* romanos aparecieron firmemente vinculados a dos funciones muy concretas: la fertilidad, en su doble vertiente agrícola y humana, y la guerra.

Se trataba, en definitiva, de los dos aspectos más importantes para asegurar la supervivencia del grupo, preocupación fundamental en una sociedad primitiva, y de los que la máxima autoridad de Roma se alzaba como legítimo y único intermediario. Era, por tanto, en este doble sentido, hacia donde se encaminaba el significado religioso de los juegos.²⁴²

Así, en un principio, se relacionaban con los ciclos de la naturaleza, como los *Lupercalia*, los *Cerealia*, los *ludi Florales* y los *Vinalia*; o con la guerra, como los *ludi martiales*; o se asociaban a divinidades concretas, como los *ludi Apollinares*, los *ludi Saturnales* o los *ludi Megalenses*. Sin embargo, a la multitud de *ludi* arcaicos se les fueron añadiendo, durante la historia de Roma, otros relacionados con triunfos de generales y emperadores, con ocasiones especiales como el día de nacimiento o llegada al trono del emperador, etc.²⁴³

²⁴¹ SIMÓN, F. M. (2011). *Civitas deroum. La religión en la antigua Roma* (p. 15). Madrid: Síntesis.

²⁴² MARTÍNEZ PINNA, J. (2012). Los *ludi* en la Roma arcaica. *De Rebus Antiquis*, 2. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/los-ludi-roma-arcaica-pinna.pdf>.

²⁴³ Según GARRIDO MORENO, “a inicios del imperio existían 22 días obligatoriamente santificados, más 45 de *feriae publicae*, más 12 días de *ludi* particulares, más 103 días de *ludi* agrupados en series más o menos largas. Esto nos lleva al muy prudente cálculo de que los días obligatoriamente festivos en la ciudad de Roma constituían una cifra mínima de 182. Pero este montante es solo un mínimo siempre superado. A esta cifra habría que añadir fiestas continuamente

Luego, según el ámbito en que se desarrollaban, había de dos especies: los que se celebraban en el circo (*ludi circenses*) y los que se presentaban en el teatro (*ludi scaenici*). Los primeros eran los más antiguos y tenían lugar en el Circo Máximo o en el Circo Flaminio y más tarde en el Anfiteatro Flavio (Coliseo), reservado para los espectáculos más grandiosos.²⁴⁴

Puede afirmarse que la celebración periódica de juegos constituye una característica esencial de la religión romana, al igual que la apertura de los templos a través de las *supplicationes*.²⁴⁵ Dentro de

incorporadas en cada reinado que acabaron por convertirse en obligatorias, además de las sujetas a la propia fantasía, improvisación y habilidad política de los emperadores o notables locales. Podemos concluir sin temor a exagerar en exceso que, en el apogeo del imperio, no había en Roma un año en que por cada día de trabajo no hubiera dos festivos...” GARRIDO MORENO, J. (2002). Ocio y espectáculos: Los *ludis calagurritani*. En AA.VV. *Así era la vida en una ciudad romana: Calagurris Iulia* (p. 152). La Rioja: Amigos de la historia de Calahorra.

²⁴⁴ La religión oficial consistía en sacrificios, ofrendas y festivales que enmarcaban eventos importantes en la vida cívica y que buscaban mantener el bienestar de la ciudad. El vínculo que tenían los hombres con los dioses era de respeto y gratitud que le daba un ser inferior a su superior, lo cual quedaba demostrado en el cumplimiento de los ritos. Ver, entre otros, PAOLI, U. E. (2007). *Vida cotidiana en la antigua Roma* (p. 365). La Plata: Terramar.

²⁴⁵ En la antigua Roma, las *supplicationes* (plural de *supplicatio*) eran rituales públicos de súplica en los que el pueblo —o, en ocasiones, grupos representativos de él— se postraba y expresaba su humildad para pedir el favor o la intervención de los dioses ante situaciones de crisis o peligro para el Estado. Estos actos rituales, que a menudo se convocaban por decisión del Senado o de los magistrados, implicaban una demostración colectiva de piedad y recogimiento. Durante una *supplicatio* se esperaba que los ciudadanos se inclinaran (generalmente postrándose) como señal de humildad y de reconocimiento de la supremacía de lo divino, con el fin de propiciar la *pax deorum* (la paz de los dioses).

los días festivos del calendario estaban incorporados los *ludi*, que tenían una duración variable y que constituían un ejemplo de rituales complejos. Desde un principio se desarrollaban en beneficio de la comunidad y por ello eran *ludi publici* y, como tales, tenían fechas anuales fijas y carácter festivo oficial o *feriae publicae*.²⁴⁶

Durante la monarquía, los *ludi* se financiaban con los recursos que el rey, como máxima autoridad, destinaba para tales celebraciones. En cambio, en la República, a los juegos los sufragaba el Estado y la contribución de los ediles. En estas celebraciones se llevaban a cabo carreras de carros en el Circo Máximo (*ludi circenses*), caza de animales (*venationes*) o representaciones teatrales (*scaenici*), que adquirieron cada vez más importancia en el desarrollo de la conciencia de los orígenes y el futuro de Roma y en la autorrepresentación de la *nobilitas*.²⁴⁷

Pero más tarde, en el siglo I a. C., cuando los juegos de gladiadores se incorporaron a los *ludi circenses*, éstos se convirtieron en una parte regular de los juegos públicos organizados por el Estado y se sumaron ciudadanos, candidatos a alguna magistratura, que con su propio dinero los organizaban. Finalmente, en la época del Imperio, el patrocinio de los juegos se centralizó en la figura del emperador, quien comenzó a utilizar el erario estatal para sufragar estos espectáculos, consolidándolos como instrumentos de control social y propaganda imperial.²⁴⁸

²⁴⁶ Durante estos días se suspendían las actividades cotidianas —como las labores, los juicios y el comercio— y se realizaban sacrificios, procesiones y espectáculos en honor a los dioses, con el objetivo de asegurar su favor y mantener la *pax deorum*. En esencia, estos días no solo tenían un carácter religioso, sino también social y político, ya que contribuían a la cohesión y al control de la población.

²⁴⁷ SIMÓN, *op. cit.*, p. 125.

²⁴⁸ Respecto de la expresión “erario estatal”, se debe aclarar que, desde Augusto hasta Nerón, existió el “mecenasgo de Estado” y los Juegos fueron financiados por la

III. El desarrollo de los *munera* o juegos de gladiadores en Roma

La causa por la que los juegos de gladiadores se desarrollaran de manera única en Roma, convirtiéndose en una institución central de su vida pública y en un símbolo de su poder —algo que no encontró análogo en otras ciudades importantes de la época—, es aún objeto de numerosos debates.²⁴⁹

En la Antigüedad, la organización familiar y social de cada una de las ciudades era similar, y ello se debía fundamentalmente a que el derecho privado antiguo no fue obra de un legislador institucionalizado. Cuando las ciudades comenzaron a escribir sus leyes encontraron ya establecido este derecho vivo arraigado en sus costumbres, las denominadas *mores maiorum*, con una adhesión universal.

Éste había surgido espontáneamente en el seno de la familia,

fortuna personal de los emperadores y del Fisco. Después de Nerón, por la pérdida de poder del Senado, ya no se diferenció entre el erario (que solo administraba las provincias senatoriales menos conflictivas pero menos rentables), del Fisco. Finalizada esta etapa de mecenazgo de Estado, los nuevos emperadores ya no se comportarán como mecenas, sino como propietarios del Estado que gobiernan. Como tales, podrán hacer uso del erario público para ofrecer unos juegos que, finalmente, harán pasar por munificencias personales; es decir, serán generosos con el dinero público. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J. A. (2001). *Poder imperial y espectáculos en occidente durante la antigüedad tardía* (Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona). Corta TDX: <https://www.tdx.cat/handle/10803/2585#page=1>.

²⁴⁹ Según VEYNE, “la génesis de gladiatura no tiene misterio, basta con abrir la Ilíada: han matado a Patroclo y, para solemnizar los funerales, se organizan unos juegos fúnebres, entre los cuales hay un combate armado que dura hasta que uno de los dos contendientes hiere al otro, cuando la espada atraviesa la armadura y la sangre empieza brotar (Ilíada, XXIII, 797)” VEYNE, P. (2022). *El imperio grecorromano* (p. 566). Trad. de Elena del Amo. Madrid: Akal, España.

derivado de las creencias religiosas que eran universalmente admitidas en esa época en los distintos pueblos. Por ejemplo, en el derecho romano y en las leyes de Atenas, el padre podía vender a su propio hijo, porque podía disponer de toda la propiedad que había en la familia, y el hijo podía considerarse como tal, pues sus brazos y su trabajo eran una fuente de ingresos.²⁵⁰

Si se compara el derecho griego, el derecho romano y el derecho indio de esa época, que proceden de estas creencias religiosas, se puede observar que concuerdan en considerar a la mujer siempre como una menor. Nunca podía poseer un hogar propio, para todos los actos de la vida religiosa necesitaba un jefe y para todos los actos de la vida civil un tutor. Similares coincidencias se pueden encontrar en instituciones como el matrimonio, la familia, la *gens*, la adopción, la emancipación o la sucesión.

Con tantas coincidencias en cuanto a creencias religiosas y organización social, se puede fácilmente deducir que tanto griegos como romanos o hindúes eran socialmente muy parecidos en sus costumbres y que la sociedad romana no era más cruel que la mayoría de las demás civilizaciones de su época, como para justificar la adopción y organización de espectáculos tan violentos como los juegos de gladiadores.

Además, puede afirmarse en su respaldo, que cuando los romanos conquistaban un territorio bárbaro, su primera prescripción era prohibir en él los sacrificios humanos. Sin embargo, los concursos griegos y los juegos y espectáculos romanos pertenecían a una esfera aparte, eran una *peculiar institution* que admitía la derogación de la moral ordinaria.²⁵¹

²⁵⁰ FUSTEL DE COULANGES, *op. cit.*, p. 83.

²⁵¹ VEYNE, al respecto, sostiene: “De la misma forma que entre nosotros, la moral nobiliaria admitirá, en contra de la moral cristiana, que haya una derogación de la prohibición bíblica de matar: el duelo (...) Aunque no se tenga derecho a golpear a

Esa es la razón por la cual la gladiatura pudo existir, porque aquella singularidad monstruosa se fue formando poco a poco, a pequeños pasos, y ninguno de esos pasos encontró resistencia; al contrario, el público consideraba aquello normal y le tomaba el gusto. Como señala Veyne, “la gran importancia que adquieren determinados hechos de civilización no se debe a que los impulse ninguna gran causa (una sociedad con un alto nivel de crueldad, por ejemplo), sino a la ausencia de obstáculos que los detengan; ciertas cosas tienen tan pocas consecuencias, amenazan a tan pocos intereses que flotan, por así decirlo, libremente”.²⁵²

Con el tiempo aparecieron ciertas resistencias, como la oposición del estoicismo y del cristianismo, que comenzaron a ver a los juegos de gladiadores como contrarios a los principios de la virtud y la razón. A su vez, se produjeron cambios en los valores de la sociedad, por lo tanto, la brutalidad de los *munera* se volvió menos aceptable, lo que ayudó a crear un entorno en el que su definitiva prohibición se volvió posible. Finalmente, el emperador Honorio prohibió los combates de gladiadores en el año 404 d. C., marcando el fin oficial de estos juegos.²⁵³

un hombre libre de buena cuna, los pancracistas (en Grecia) se golpean entre sí a causa de su modo de vida particular y, aunque está prohibido matar a un hombre, los gladiadores se eliminan mutuamente por la misma razón” VEYNE, *op. cit.* pp. 569-570.

²⁵² *Ibidem*, p. 571.

²⁵³ Respecto del mito de San Almaquio, que cuenta que un monje cristiano saltó a la arena para intentar detener un combate, los espectadores lo apedrearon hasta matarlo y su sacrificio conmovió al emperador Honorio y lo convenció de emitir un decreto prohibiendo los combates de gladiadores en el año 404 d. C. ver, entre otros, JIMENEZ SANCHEZ, J. A. (2008). El martirio de Almaquio y la prohibición de los espectáculos de gladiadores. *Polis. Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica*, 20, pp. 89-165.

IV. La incorporación de los *munera* a los *ludi* y su secularización

Como ya se vio, los *ludi circenses* no incluían a comienzos de la República los juegos gladiatorios o *munera* porque estos últimos eran espectáculos privados que tenían lugar normalmente con ocasión de funerales. Este rito estaba solo reservado para el patriciado y tenía una finalidad sacrificial de que la sangre derramada en el combate aplacara la ira de los dioses infernales y ayudara al espíritu del difunto en su paso definitivo al más allá.²⁵⁴

Este rito de origen privado y aristocrático, durante los dos últimos siglos de la República y el comienzo del Principado, comenzó a sufrir cambios transformándose en algo muy distinto, de un acto religioso y funerario a un espectáculo. Para que esto se pudiera dar fue vital el paso de la esfera privada a la pública, es decir, de combates ofrecidos solo para los familiares y amigos del difunto a un espectáculo abierto a todo el público que quisiera asistir.

Poco a poco, los combates de gladiadores fueron saliendo del ámbito del funeral privado y comenzaron a convertirse en un espectáculo público. Así, en el 105 a. C., el Estado dio, por primera

²⁵⁴ Según GARRIDO MORENO, si bien sobre los orígenes de la Gladiatura hay mucha bibliografía, las síntesis más lúcidas son las de VILLE, G. (1981). *La Gladiature en Occident des origines à la mort de Domitien* (pp. 1-51), XI, Roma: Ecole Française de Rome y de MOURATIDIS, J. (1996). On the Origin of the Gladiatorial Games. *Nikephoros*, 9, pp. 111-134. Hoy puede afirmarse, según este autor, que esta costumbre procede directamente de un rito practicado por el pueblo osco-samnita en la región itálica de Campania (fines de los siglos V-IV a. C.). Fue allí donde lo asumieron los etruscos, que lo llevaron también a sus regiones del norte (en los siglos IV-III a. C.). Los romanos lo tomaron de ellos, GARRIDO MORENO, J. (2005). El anfiteatro una oscura imagen de la antigua Roma. *Berceo*, 149, pp. 156-157.

vez, un *munus*. Los cónsules del año, P. Rutilio Rufo y Cn. Malio Máximo, ofrecieron uno sin razón alguna, sin pretexto de festividad religiosa, inaugurando con él una serie de espectáculos públicos. La intención del estado era “fomentar el coraje viril, promover el desprecio por la vida, desarrollar el gusto por el entrenamiento militar y contrarrestar las costumbres licenciosas griegas, que empezaban a propagarse y que eran calificadas por los mayores de frívolas y funestas”.²⁵⁵

Pronto su popularidad creció exponencialmente, el motivo funerario fue desapareciendo y los juegos de gladiadores pasaron a ser percibidos como un regalo a la comunidad. Aunque nominalmente conservaron un motivo funerario, el organizador de los juegos, afrontando los cuantiosos gastos, se irá convirtiendo en una especie de benefactor que utilizará los combates para adquirir popularidad y poder político.

Durante el último siglo de la República los notables pugnaban por los mejores gladiadores y los utilizaban como un medio más en su carrera política. Por nombrar algunos, Cecilio Metello Scipio, Murena, Pompeyo, César, Druso, Antonio y Octaviano hicieron uso político de este espectáculo. Bajo la infalible envoltura de la *pietas* y el culto a los antepasados, el uso oportuno de este espectáculo demostró ser muy eficaz para conquistar el favor popular y desplegar demostraciones de fuerza.²⁵⁶

Puede aseverarse que, a finales de la República, una carrera política ya requería enormes cantidades de dinero, por lo que los aspirantes se endeudaban para poder financiar sus candidaturas. En la mayoría de los casos, el gasto de los políticos en la organización de los juegos de gladiadores era directamente ruinoso debido a que, al ser éstos por

²⁵⁵ PASTOR MUÑOZ, M. (2017). Las reformas de Augusto en los *munera* gladiatoria. *Gerión*, 35(0), p. 966.

²⁵⁶ GARRIDO MORENO, *op. cit.*, p. 158.

iniciativa privada, el Estado no financiaba nada del espectáculo, sino que todo el costo económico del evento recaía sobre el organizador.²⁵⁷

El derroche llegó a tal extremo que Cicerón pensaba que ofrecer *munera* al pueblo no era más que un soborno para comprar su voto, en lugar de la pretendida generosidad que los *editores* pretendían mostrar. Para tratar de controlar estos excesos, el Senado hizo intentos por ejercer algún control sobre los juegos de gladiadores limitándolos en ciertos aspectos, pero solo se logró un control parcial. Será con Augusto cuando se controlen mediante leyes.²⁵⁸

Llegó un momento en que los espectáculos no dependían ya de la buena voluntad ni del capricho de los emperadores, convirtiéndose muy pronto en una necesidad indeclinable de la Roma imperial. Entre la población de la capital predominaban las masas desposeídas, una chusma más brutal, más grosera y más corrompida que las de las capitales modernas, pues en ninguna parte ni en ninguna época del mundo llegó a concentrarse la hez de todas las naciones como en la Roma de entonces, que era, además, doblemente peligrosa, pues estaba formada en gran parte por gentes ociosas.²⁵⁹

El emperador comenzó a velar por su sustento mediante los grandes repartos periódicos de trigo y esto traía como consecuencia que se viese también obligado a velar por su inversión del tiempo,

²⁵⁷ “Los juegos de gladiadores eran un instrumento poderosísimo para influir en las masas por lo que varias leyes que regulaban los *munera* fueron aprobadas por el Senado. Por ejemplo, se promulgó una ley en el año 22 a. C., que obligaba a que cualquier persona que deseara organizar juegos debería obtener antes la aprobación del Senado. Es más, no se permitía que un hombre organizara juegos más de dos veces al año y siempre teniendo en cuenta que el número de gladiadores alistados no sobrepasara de 120”. NOSSOV, K. (2011). *Gladiadores. El espectáculo más sanginario de Roma*. (p.131). Madrid: Libsa.

²⁵⁸ PASTOR MUÑOZ, *op. cit.*, p. 968.

²⁵⁹ FRIEDLAENDER, *op. cit.*, p. 498.

ofreciéndole distracciones para entretener su ociosidad. Este entretenimiento se lo ofrecían los espectáculos públicos. Las conocidas palabras *panem et circenses* en las que Juvenal resume el ideal a que habían quedado reducidas las aspiraciones del pueblo de Roma no eran, evidentemente, más que la repetición de una frase acuñada y que circulaba, por tanto, como dicho proverbial.²⁶⁰

Se puede entonces concluir que el proceso de incorporación de los juegos de gladiadores a los *ludi* romanos y de secularización, en principio, obedeció a la utilización con fines proselitistas por parte de los candidatos a alguna magistratura durante la República. Ya en la época del Principado, Augusto, ante la necesidad de tener que entretener esa enorme masa de personas ociosas que podían hacer peligrar la estabilidad del gobierno, los incorporó entre las actividades propias de su competencia y asumió su responsabilidad.

V. La reforma de Augusto

Augusto, desde un primer momento, tras la experiencia vivida con los espectáculos públicos durante el último siglo de la República, adoptó como un eficaz medio de propaganda la organización —en forma casi monopólica— de los juegos de gladiadores.²⁶¹ En la

²⁶⁰ Al parecer esta frase empezó aplicándose a los habitantes de Alejandría, al decir que era necesario suministrar a aquella ciudad mucho pan y muchos espectáculos, pues nadie se preocupaba allí de otra cosa. El primero que aplicó este dicho a Roma fue, probablemente, Trajano. Cfr. *Ibidem*.

²⁶¹ Según Suetonio, Augusto “aventajó a todos sus predecesores en el número, variedad y magnificencia de los espectáculos. Dice él mismo que organizó juegos públicos cuatro veces en su nombre y veinte tres en nombre de otros magistrados que se hallaban ausentes o carecían de recursos suficientes. Los ofreció, a veces,

ciudad de Roma, por lo menos, todos los combates de gladiadores, con la única excepción de los que tenían lugar en el mes de diciembre,²⁶² comenzaron a ser ofrecidos al pueblo por los emperadores.²⁶³

Como el Senado, debido a la concentración de poder en el *princeps*, en cierto modo se había sometido a las órdenes del emperador, los senadores dejaron de competir por organizar juegos perdiendo su interés por organizarlos, sobre todo, por su enorme costo. Por ello, Augusto, sabiendo que los juegos se habían convertido en una necesidad del pueblo de Roma que era imprescindible satisfacer, los integró entre las actividades propias de su cargo y asumió su responsabilidad.²⁶⁴

La reorganización de los combates gladiatorios a comienzos del

incluso en los barrios de la ciudad, sobre diversos escenarios y con actores de varios países. Presentó juegos de gladiadores no solo en el Foro y en el Anfiteatro, sino también en el Circo y en los Cercados; 33 a veces exhibía solo combates con fieras salvajes. Ofreció también combates de atletismo en el campo de Marte, en donde hizo construir bancos de madera, e incluso una batalla naval en una piscina excavada junto al Tíber, donde hoy se yergue el bosque de los Césares." SUETONIO, *op. cit.*

²⁶² Las Saturnales eran festividades en honor al dios Saturno, celebradas entre el 17 y el 23 de diciembre. Estas fiestas tenían un carácter popular y religioso, y aunque algunos juegos y espectáculos podían ser patrocinados por magistrados o particulares, no eran juegos oficiales organizados por el emperador.

²⁶³ AUGUET, R. (1972). *Crueldad y civilización: Los Juegos romanos* (p. 27). Barcelona: Aymá.

²⁶⁴ PASTOR MUÑOZ, *op. cit.*, p. 969. Según NOSSOV, en total, el emperador Augusto reclutó 10.000 participantes en ocho grandes juegos de gladiadores, con la participación de más de 1000 gladiadores en cada *munus*. Tales grandiosos *munera* no eran comunes ni siquiera en la ciudad de Roma, y eso sin mencionar a las ciudades o provincias más pequeñas de Italia, donde solo entre 20 y 50 parejas de gladiadores participaban normalmente en un *munus*, con un promedio de 12-13 pares al día apareciendo en la arena. NOSSOV, *op. cit.*, p. 17.

Imperio no conllevó una ruptura completa con el pasado. Más bien, fue un proceso deliberado de selección y mejora de lo que ya existía, aclarando y uniformando los elementos que eran ambiguos. La escasez de las fuentes materiales hace más difícil conocer cuáles eran las tradiciones sobre las que se basó esta reforma que observar sus resultados.²⁶⁵

VI. Los cambios en la organización

A partir de este momento, los juegos de gladiadores se transformaron definitivamente en espectáculos públicos, organizados y patrocinados por el Estado o el emperador,²⁶⁶ perdiendo su conexión original con el ritual funerario.²⁶⁷ Se produjo una mejora en

²⁶⁵ JUNKELMANN, M. (2013). *Familia Gladiatoris. The heroes of the Amphitheatre*. En E. Köhne y C. Ewigleben (Eds.). *Gladiators and Caesars: The Power of Spectacle in ancient Rome* (p. 35). Berkeley: University of California Press, citado por MAÑAS BASTIDA, A. en *Gladiadores, el gran espectáculo de Roma* (p. 59). Barcelona: Ariel Historia.

²⁶⁶ A partir de Augusto, el emperador asumirá el papel de evergeta, de modo que todos los juegos que se celebren los ofrecerá siempre el emperador, en un proceso que culminará en el Bajo Imperio. Según JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “gracias a la inmensa fortuna heredada de su tío, Augusto pudo asumir el papel de mecenas de la patria, quien no sólo salva a la República de la lucha de las diferentes facciones políticas, sino que además alimenta al pueblo y lo entretiene, pagándolo todo de su fortuna personal (*impensa et cura mea*). Sus sucesores, hasta Nerón, seguirán esta política” JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 73.

²⁶⁷ Los espectáculos y los deportes pasaron a ser una herramienta de cohesión y propaganda para los emperadores. Esta nueva perspectiva de los juegos es criticada y vista como “cruel, violenta y se identifica a los gladiadores con animales.”

el reglamento que hasta entonces había regido su organización, y lo que antes había sido un listado de reglas, establecidas por el uso y la costumbre y transmitidas de forma oral, pasó ahora a reunirse en un conjunto depurado de normas, sancionadas por el emperador y registradas por escrito, aunque solo de manera parcial. Se trató, quizás, del primer esfuerzo, en la historia de los deportes, de dotar de reglas oficiales a un espectáculo deportivo.²⁶⁸

Respecto de la frecuencia anual de los juegos de gladiadores, estableció un reducido número de *munera* ordinarios para asegurarse de que, en cualquier parte del Imperio, todas las personas pudieran ver al año una cantidad mínima de juegos. Esto así para que se aficionaran, adoptaran este espectáculo como su favorito y pudieran sentirse parte del mundo romano. Los *munera* extraordinarios no eran habituales dado que en las provincias no ocurrían con tanta frecuencia circunstancias extraordinarias que celebrar como en Roma.

Una de sus medidas en el 22 a. C. fue la de encargar a los pretores

Estas observaciones llegan por parte de autores estoicos en los primeros siglos del Imperio, considerando los espectáculos otro vicio del cual el hombre se debe apartar, como ejemplifican Séneca y el emperador Marco Aurelio. ARREDONDO LOPEZ, P. (2008). Los deportes y espectáculos del imperio romano vistos por literatura cristiana. *Foro de Educación*, 6(10), p. 266.

²⁶⁸ Existen fiestas imperiales en los calendarios romanos desde inicios del Imperio. Son un fiel reflejo de la sucesión de dinastías que desfilaron a lo largo de toda la historia del Imperio. Están casi siempre ligadas a la casa reinante, por lo que el mayor número de días de estas fiestas estará dedicado a conmemorar los aniversarios y las acciones importantes de la dinastía del momento. La mayor parte de estas fiestas caen en el olvido en cuanto desaparece la dinastía a las que estaban consagradas. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J. A. (1997). *Espectáculos durante la antigüedad tardía: un medio propagandístico al servicio del emperador* (Memoria de licenciatura presentada al Departament de Prehistoria, Historia Antiga i Arqueologia de la Universitat de Barcelona, p. 51.).

en las provincias la tarea de organizar juegos imperiales oficiales, que tenían lugar en diciembre. Éstos solo podían ofrecer dos juegos al año y presentar un máximo de 60 gladiadores en cada uno.²⁶⁹ Para su organización, cada magistrado recibía una cierta cantidad de fondos públicos, la misma para todos, y éstos no podían añadir sumas propias, con objeto de que ningún pretor pudiese ofrecer mejores juegos que el resto.²⁷⁰

En cambio, en la ciudad de Roma, los días de juegos de gladiadores extraordinarios por cualquier motivo no previsto eran infinitamente superiores a los días de *munera* ordinarios: celebración de una victoria militar, por petición del emperador, bodas y nacimientos de la familia imperial, etc. Fueran éstos ordinarios o extraordinarios, los espectáculos de Augusto resultaron los más grandiosos que se habían visto hasta entonces. Cada uno de ellos presentaba unos 1250 gladiadores en la arena y 135 animales. Evidentemente, eran espectáculos que solo un emperador podía afrontar económicamente.

²⁶⁹ Con el paso del tiempo se fueron añadiendo más días de juegos. El calendario de Furio Dionisio Filócalo (del año 354), señala 10 días de *munera* ordinarios y oficiales (2, 4, 5, 6, 8, 19, 20, 21, 23 y 24 de diciembre). PASTOR MUÑOZ, *op. cit.*, p. 972.

²⁷⁰ Si bien con menor relevancia se seguía permitiendo la organización de juegos a la autoridad religiosa. Augusto estableció también que los sumos sacerdotes del culto imperial de las provincias debían celebrar *munera* legítima una vez al año, pagados por ellos mismos. Con esta intención, los sacerdotes en las provincias a menudo se encargaban de comprar y entrenar a los gladiadores que iban a emplear en esos juegos. En suma, en las provincias, el sacerdote del culto imperial actuaba como un lanista, como constatan hechos como que Galeno trabajó como médico en la familia gladiatoria del sumo sacerdote de Pérgamo. *Ibidem*, pp. 979/980.

VII. Los cambios en las ubicaciones en el anfiteatro

El anfiteatro estuvo siempre unido al juego de gladiadores. El más antiguo conocido es el de Pompeya, construido alrededor del 70 a. C., poco después del establecimiento de una colonia de veteranos del ejército de Sila,²⁷¹ y el primero totalmente de piedra, es decir, con carácter permanente, no apareció en Roma hasta la época de Augusto,²⁷² cuando Cayo Statilio Tauro, su amigo personal, construyó en el Campo de Marte un gran anfiteatro que fue destruido en el incendio en tiempos de Nerón.

Previamente, en el 53 a. C., se había construido un sistema que permitía girar dos teatros de madera levantados sobre mecanismos adecuados por Cayo Curio Escriboniano, para enfrentar sus escenarios, donde se realizaban los espectáculos, originándose de esta forma el significado de la palabra anfiteatro,²⁷³ en lugar del término *spectacula* con el que eran denominados anteriormente.

Con el tiempo, estos edificios se comenzaron a construir en piedra para que soportasen a un número grande de espectadores y evitasen tragedias como el desplome de las gradas de madera, por

²⁷¹ El evidente interés de sus veteranos por los combates gladiatorios obedecía, sin dudas, a su familiaridad con las técnicas de la lucha. Tal interés pudo inducir a la construcción del anfiteatro de Pompeya, el cual además presentaba unas notorias características militares que pudieran deberse a la influencia de la construcción legionaria. DELGADO LINACERO. C. (1998). Pan y circo. Los juegos romanos del circo y del anfiteatro. *Historia*, 16(270), p. 5.

²⁷² La mayoría de ellos estaban localizados en Campania (Capua, Cumas, Cales, Puteoli, Telesia, etc.) y también había en Lucania y Etruria.

²⁷³ En el contexto de la arquitectura romana, el término "anfiteatro" deriva de *amphi* y *theatron*, significando literalmente "teatro doble" o "lugar para ver desde ambos lados". Esto se refiere a la estructura circular u ovalada del anfiteatro, que permite a los espectadores rodear completamente la arena donde se realizan los espectáculos

no poder soportar el peso de gran número de espectadores. Gracias a un entramado de arcos y bóvedas en piedra y cemento, fue posible la construcción en altura de estos edificios.²⁷⁴

Durante buena parte de la república no había existido segregación oficial por clases sociales en la asistencia a los espectáculos públicos, pero para el teatro se había sancionado en el 67 a. C. la *Lex Roscia Theatralis*, que reservaba las primeras catorce filas a los caballeros del ordo ecuestre.

Y fue de nuevo Augusto quien, advirtiendo esta necesidad, llevó a cabo una regulación más profunda de la distribución de los asientos y fue capaz de ver que podía construir, así, una imagen de la sociedad más acorde con su obra política, convirtiendo al teatro en un templo del orden social jerárquico y de sus propias innovaciones.²⁷⁵

Estas reformas culminaron con la *Lex Iulia Theatralis* (alrededor de 17 a. C.), que regulaba hasta el mínimo detalle la distribución de asientos en el teatro, pero que también fueron aplicadas desde ese momento a los espectáculos del circo y a los juegos de gladiadores.²⁷⁶

²⁷⁴ MENDOZA ALVAREZ, D. (2018). Espectáculos romanos imperiales en las fuentes históricas. *Materiales para la Historia del Deporte*, 17, pp. 48-49. Según MUÑOZ SANTOS, eran numerosos los anfiteatros que se podían encontrar en todo el antiguo Imperio Romano; era más habitual encontrarlos en la parte occidental del Imperio, unos 300 ejemplos, aunque las ciudades helenísticas también tenían sus propios anfiteatros, unos 100 en su caso. MUÑOZ SANTOS, M. E. (2012-2013). Anfiteatros y *Ludi Gladiatori*: las fuentes clásicas e Hispania como ejemplo. Una aproximación. *Saitabi. Revista de la Facultat de Geografia i Història*, 62-63, p. 31.

²⁷⁵ Cfr. GARRIDO MORENO, *op. cit.*, p. 169.

²⁷⁶ SUETONIO describe, con bastante detalle, estos aspectos de la organización de los juegos de gladiadores que se vieron afectados: “Subsanó y reglamentó la forma hasta entonces promiscua e indisciplinada con que se asistía a los espectáculos. Le indujo a ello la afrenta inferida a un senador, al cual, durante unos juegos muy concurridos celebrados en Puteoli, nadie hizo sitio a causa de la aglomeración de

A partir de entonces, en el anfiteatro donde se organizaban los juegos de gladiadores, tras el muro que limitaba la arena y protegido de las fieras mediante redes de seguridad, había un *podium*, una plataforma amplia que era ocupada por el emperador, los integrantes de su familia e invitados especiales, los senadores, los altos sacerdotes del Estado y los embajadores extranjeros.²⁷⁷

Inmediatamente detrás del podio, siete hileras ascendentes de asientos de mármol eran ocupados por los *equites* y otras personas autorizadas. Un primer corredor separaba con nitidez los asientos de la elite de los del resto de la muchedumbre y la división más dramática separaba las dos últimas secciones del resto: un parapeto de más de cinco metros discriminaba a la *plebs sordida* (no ciudadanos y esclavos) y a las mujeres.²⁷⁸

Gracias esta reforma, la jerarquización de los espectadores comenzaba fuera del anfiteatro. Un complejo sistema de accesos y pasillos

espectadores. En consecuencia, hizo que el Senado promulgara un decreto por el que se disponía que siempre que en algún lugar se celebraran espectáculos de carácter oficial debían reservarse las primeras filas de asientos para los senadores y prohibió que los representantes de los pueblos libres o aliados se sentaran en Roma en la orquesta, pues se enteró que figuraban, a veces, entre ellos simple libertos. Separó los soldados del pueblo. Asignó a los plebeyos que estaban casados asientos especiales y reservó a los muchachos que llevaban ya la toga *praetexta* un sector exclusivamente para ellos y el contiguo a sus pedagogos; prohibió terminantemente que ninguna persona vestida de negro se sentase en el centro de la platea. No permitió a las mujeres presenciar los combates de gladiadores a no ser desde las gradas más altas y solas, a pesar de que era ya una costumbre habitual que pudieran presenciar estos combates confundidas con los hombres. Destinó a las Vestales un lugar aparte frente a la tribuna del pretor.” SUETONIO, *op. cit.*

²⁷⁷ GARRIDO MORENO, *op. cit.*, p. 171.

²⁷⁸ *Ibidem*.

estaba diseñado para que un senador o un caballero, cuando asistían a esos espectáculos, no tuvieran siquiera que rozar un hombro con un plebeyo. Para algunos autores, la imagen de las gradas contribuía a su vez a la producción misma de la jerarquía social. Según este análisis, el lugar ocupado en el anfiteatro acabó por significar el lugar ocupado en la sociedad.²⁷⁹

Entre las hipótesis que son planteadas sobre la finalidad de la regulación establecida por Augusto, casi todas coinciden en que fue variada. Por un lado, la omnipresente idea de recuperación de las *mores maiorum* y su intención de agradar al pueblo ofreciéndole espectáculos muy caros; por el otro, el lujo y la fastuosidad que debían acompañar a los *ludi* organizados por el emperador; y, por último, comenzar a sentar las bases de una de las señas de identidad del Imperio romano.²⁸⁰

VIII. Los cambios en la estructura del espectáculo

Las normas relativas a la organización de los juegos de gladiadores se conocieron como *munus legitimum*. A través de ellas, Augusto estableció que el espectáculo gladiatorio debía tener tres partes: la *venatio*, cacería de animales o lucha con animales salvajes, que se celebraba por la mañana y duraba hasta el mediodía;²⁸¹ los *ludi*

²⁷⁹ EDMONSON, J. C. (1996). Dynamic Arenas. Gladiatorial Presentations in the City of Rome and the Construction of Roman Society during the Early Empire. En W. SLATER (Ed.) *Roman Theater and Society* (pp. 69-111). Ann Arbor: University of Michigan Press, citado por GARRIDO MORENO, *op. cit.*, p. 172.

²⁸⁰ FIEL VARELA, D. (2023). *Ludi et ius. Deporte y Derecho en la antigua Roma* (Tesis Doctoral, Universidad de Vigo, p. 212).

²⁸¹ Durante la mañana (*ludi matutini*) se desarrollaban las *venationes* o cacerías de

meridiani o “juegos de mediodía”, que eran las ejecuciones de los condenados a muerte por delitos más graves bien por la espada (*ad gladium*) o por medio de fieras (*ad bestias*);²⁸² y el *munus* propiamente dicho, los combates de gladiadores que se celebraban por la tarde y eran la máxima atracción del público que se concentraba en los anfiteatros.

El *munus legitimum* aunaba en un único espectáculo con una estructura determinada en cuanto a su contenido y desarrollo, todo lo que la plebe quería ver en un esquema predefinido que afectó a la *editio* reglamentaria, a la obligatoria, así como a los *spectacula gladiatorum* organizados por los particulares. Este formato podía durar

fieras; en su forma inicial, un tipo de luchador distinto al gladiador (*bestiarius*) se enfrentaba armado con un venablo y defendido por una simple túnica, a animales salvajes, por lo general osos o fieras norteafricanas. La necesidad de renovación y sorpresa hizo de las *venationes* algo mucho más diverso y excéntrico: animales que nunca habían sido vistos antes eran traídos de todos los puntos del mundo romano para ser exhibidos y masacrados en las cacerías, eran enfrentados entre ellos provocando duelos inauditos: toro contra elefante, rinoceronte contra búfalo, cocodrilo contra pantera, etc., GARRIDO MORENO, *op. cit.*, pp. 162-163.

²⁸² Al mediodía, a veces acompañado de distribuciones gratuitas de comida o regalos (*sparsiones* y *missilia*, respectivamente), la arena se convertía en un tremendo escenario en el que se exhibía la pena de muerte de criminales bajo múltiples formas. Cientos de personas eran simplemente abandonadas a su suerte ante las fieras: era la muy habitual condena *ad bestias* reservada a los esclavos y equiparable por ley a la crucifixión o al fuego. Otros apenas armados y sin ninguna preparación eran enfrentados a las fieras o entre sí. El resultado de la terrible farsa era la total aniquilación de los condenados (*ad gladium ludi*) (...) Las ejecuciones en masa del mediodía cumplían una función didáctica fundamental dentro del *munus*. Su objetivo era imprimir fuertemente en los espectadores el sistema penal romano. Conviene recordar que el desarrollado derecho romano era en su sistema penal extraordinariamente primitivo y brutal. *Ibidem*, p. 163-165.

más de un día y el último de ellos, el *summus dies*, era especialmente grandioso en su desarrollo con duelos entre los mejores gladiadores o enfrentamientos colosales.²⁸³

Por ejemplo, el organizado por Trajano en el 107 se extendió a lo largo de 123 días seguidos.²⁸⁴ Los espectadores podían estar todo el día en sus asientos o pasar en los momentos que más les interesaban o en los que podían acercarse al anfiteatro. Existían, además del espectáculo en la arena, un variado repertorio de entretenimientos ofrecidos simultáneamente, tales como sorteos, reparto de comida, apuestas, o manifestarse a favor o en contra del emperador, etc. Pero todos dentro de un esquema de organización regulada por la ley del Imperio para el espectáculo en el anfiteatro: el *munus legitimun*.

IX. Los cambios en el reglamento del combate

Como parte de su política de restauración y control de la vida pública en Roma, Augusto promovió nuevas regulaciones para los juegos de gladiadores, en las que se prohibieron los *munera sine missione*, en los cuales, según las costumbres anteriores, un luchador indefectiblemente moría en el lance de juego. La expresión *sine*

²⁸³ FIEL VARELA, *op. cit.*, p. 202.

²⁸⁴ Una forma de prolongación de los juegos se conseguía a través de la “instauration” que consistía en la repetición de los días de fiesta en los que el ceremonial no se había realizado correctamente, o incluso recomenzar nuevamente los juegos completos. De esta manera se prolongaban los juegos de una manera honesta y legal. Las instaurationes se convirtieron en algo normal y se realizaban con frecuencia. A medida que los juegos crecieron en fastuosidad, las instaurationes se hicieron habituales hasta el punto que no había un año en que los juegos no recomenzasen unas cuantas veces. PASTOR MUÑOZ, *op. cit.*, p. 317.

missione se aplicaba a dos tipos de combate. En una clase no existía la posibilidad de indulto o perdón (*missio*) para el vencido, que siempre era ejecutado por el vencedor; en la otra, el vencedor debía enfrentarse en un nuevo combate contra un nuevo gladiador.²⁸⁵

Fuera de los *munera sine missione*, los resultados posibles que un gladiador podía lograr en combate eran tres: 1) vencer, 2) rendirse, y luego ya el veredicto podía ser *missus* (indultado) o *iugula* (degollado) y 3) ser muerto por un rival antes de que le diese tiempo siquiera a rendirse. No obstante, existía una cuarta posibilidad. Cuando el combate se prolongaba mucho tiempo sin que ninguno de los gladiadores fuera capaz de forzar al otro de rendirse, y tampoco lograba matarlo, el combate se paraba por orden del editor y ambos salían de la arena con la calificación *stan missus* (en pie indultados). En este caso ninguno era vencedor.²⁸⁶

La diferencia residía en que, en la primera modalidad, solo morían los perdedores y, en la segunda, el vencedor del combate previo era quien tenía todas las posibilidades de perder en el siguiente por cansancio y, por tanto, de morir, y al final solo sobrevivía un gladiador. En cualquier caso, no parece probable que en los *munera sine missione* se usasen gladiadores caros, pues no había editor que pudiese financiarlos; tampoco está claro que el espectáculo gladiatorio fuese mejor. Parecería, por tanto, que en los *sine missione* se empleaban únicamente gladiadores novatos o de baja categoría y, sobre todo, los *damnati ad gladium*.²⁸⁷

²⁸⁵ En este último tipo, el vencedor debía seguir luchando contra nuevos oponentes uno tras otro, hasta que fuera vencido o ya no pudiera continuar.

²⁸⁶ MAÑAS BASTIDA, *op. cit.*, p. 124.

²⁸⁷ De hecho, los condenados a morir con la espada solían ser ejecutados mediante la segunda modalidad de *sine missione*; en este caso, el *damnatus* que quedaba vencedor del último combate recibía la muerte de manos de un *venator* o de un soldado, ya que la sentencia judicial establecía que todos ellos debían morir en la arena a espada. PASTOR MUÑOZ, *op. cit.*, p. 979.

Ambas modalidades tenían varios inconvenientes. Según Augusto, resultaban muy costosas, le restaban protagonismo al *editor* y al público, ya que no se les preguntaba qué hacer con el vencido, y reducían notablemente el número de gladiadores, sin dejar posibilidad de salvar ni siquiera a los de primera clase, lo cual perjudicaba el espectáculo y el negocio.²⁸⁸

X. Los cambios en los tipos de gladiadores

Entre los efectos de la reforma augusta se cuenta la desaparición de algunos tipos de gladiadores, muy populares en algunos momentos, pero que fueron sustituidos por otros que rápidamente acapararon el favor de los espectadores. Así, fueron desapareciendo progresivamente el samnita, el galo, el tracio y el *andabates*,²⁸⁹ surgiendo otros con similares características y armamento, pero adaptados a un combate más igualitario. Tal es el caso del *secutor*, el *hoplomachus* y el *murmillo*.²⁹⁰

²⁸⁸ Ello se debía a que los gladiadores estrella tenían un público propio de seguidores que llegaba a ser multitudinario. Cuantos más combates habían disputado, más los conocía la gente y más fanáticos concurrían a los juegos a pedir la *missio* cuando perdían. Si moría el ídolo el negocio se perjudicaba.

²⁸⁹ Existen pocas evidencias de este tipo gladiatorio (*andabates*) pero se sabe que su cabeza iba cubierta con un yelmo sin abertura para los ojos. Debido a esta característica, generalmente combatían entre sí para mantener un equilibrio en las condiciones de la pelea.

²⁹⁰ Respecto del tipo gladiatorio samnita, para la época de Augusto esta población ya estaba perfectamente integrada en el imperio, era un pueblo amigo más, por lo que parecía ofensivo que siguiese existiendo un tipo gladiatorio que llevase por nombre ese gentilicio y que usase las armas de ese pueblo. MAÑAS BASTIDA, *op. cit.*, pp. 69-70.

Los gladiadores se clasificaban principalmente en dos grupos atendiendo al tipo de armamento que portaban: los pesados o *scutarii*, caracterizados por el escudo que usaban (*scutum* o escudo), entre los que incluimos al *samnita*, al *gallus*, al *murmillo* y al *secutor*, y los ligeros o *parmularii*, con escudos más pequeños y livianos como la *parma*, al que pertenecen el *thracio*, el *retiarius*, el laqueador, etc. Esto era lo que definía o posibilitaba un planteamiento agresivo o defensivo del gladiador.²⁹¹

De esta manera, se pretendía un equilibrio en el combate entre tácticas y armamento en pro del espectáculo, algo importante al ser las apuestas una de las principales diversiones de los espectadores, dentro y fuera de los anfiteatros. Además, si se enfrentaban gladiadores de distinto tipo, se ofrecía al espectador la posibilidad de ver dos técnicas diferentes en el mismo enfrentamiento.

La reforma del equipamiento afectó, principalmente, a las protecciones de la cabeza. Antes de Augusto se podía luchar con casco o con yelmo, pero a partir de él se estableció que los gladiadores solo podían luchar con yelmo, o sea, con el rostro cubierto, con la única excepción de los *retiarios*, que iban con la cabeza descubierta.

Hasta ese momento, la mayoría de los tipos gladiatorios llevaban un yelmo que cubría completamente la cabeza, incluido el rostro, mientras que el casco no tenía cubierta para la cara. Los yelmos estaban hechos generalmente de bronce y su peso rondaba los cuatro kilos, los cascos un poco más livianos, si bien ofrecían menos protección, permitían respirar con mayor comodidad.²⁹²

²⁹¹ SÁENZ PRECIADO, C. y SAENZ PRECIADO, M. P. (2021). La representación de los *ludi romani* en la *sigillata* hispánica. *Boletín Ex Officina Hispana*, 12, p. 111.

²⁹² De las equipaciones que portaban los gladiadores, en concreto respecto a las protecciones de la cabeza, se estableció que a diferencia de lo que ocurría con anterioridad en que se podía luchar con casco o con yelmo, solo se podría ya luchar con el rostro cubierto es decir con yelmo. Se trató de evitar heridas en la cara y

La razón era igualar más los combates, ya que un yelmo, que cubre el rostro, limita mucho la respiración, por lo que no era justo que uno luchase con la cara cubierta contra otro que la llevara descubierta, que podía estar más tiempo combatiendo. Máxime si se tiene en cuenta el peso de las armas y de las protecciones que los gladiadores debían cargar.²⁹³

Esta reglamentación reflejaba el interés de Augusto en hacer de los juegos de gladiadores un espectáculo controlado y organizado en beneficio del orden social y el prestigio del Estado. Formaba parte de un esfuerzo más amplio por centralizar y controlar la organización de los juegos, reducir excesos y asegurar que el uso de recursos en los juegos fuera moderado.

XI. Los *ludi* imperiales

Se denominan también como *ludi* a las escuelas de gladiadores

equiparar los combates, sin duda, que uno de los combatientes luchara con yelmo con las dificultades que debía suponer para respirar y controlar los distintos ángulos de visión, mientras el otro lo hiciera con casco y la cara al descubierto, parece pudiera generar un cierto desequilibrio que trató de solucionarse con esta medida. FIEL VARELA, *op. cit.*, pp. 202-203.

²⁹³ Si se toma el caso del *murmillio*, y se suma el peso del armamento, un yelmo de bronce cerrado (4–6 kg), un escudo grande rectangular tipo *scutum* (8–10 kg), una espada corta o *gladius* (1–1.5 kg), unas grebas (1.5–2 kg) y una *manica* para proteger el brazo (1–2 kg), se puede observar fácilmente que ese tipo de gladiador con un peso de 16 a 21 kilogramos en su cuerpo, tenía complicada la respiración en el fragor de un combate que podía durar entre 10 y 15 minutos y claramente se encontraba en inferioridad de condiciones respecto de los tipos gladiatorios que usaban cascos abiertos.

donde se entrenaban a todos los hombres, libres o esclavos, que ejercían el oficio de gladiador. Probablemente, la primera de ellas fue la de Capua, que en el 105 a. C. ya estaba en funcionamiento, bajo la dirección de Cayo Aurelio Scauro, y se sabe que en el 73 a. C. era propiedad de Gneo Lentulo Batiato, cuya estricta educación y disciplina produciría la rebelión de algunos de sus gladiadores, liderados por Espartaco.

En el 49 a. C. pasó a ser propiedad de Julio César y recibió el nombre *de ludus Iulianus* y sus gladiadores *Iuliani*. Con Augusto, pasó a ser de propiedad imperial y el mismo nombre se mantuvo hasta la época de Nerón, que lo cambió por el de *ludus Neronianus*. Los *ludi* privados fueron vetados en Roma por Augusto y prohibidos completamente por Domiciano, que los sustituyó por los cuatro *ludi* imperiales que construyó junto al Coliseo: el *Ludus Matutinus*, el *Ludus Magnus*, el *Ludus Gallicus* y el *Ludus Dacicus*.²⁹⁴

Hasta la época imperial, el suministro de gladiadores había estado en manos de los lanistas, personajes socialmente mal considerados que los vendían o alquilaban. Como este sistema era económicamente muy costoso durante el imperio, el Estado se hizo cargo de la empresa constituyendo las antes mencionadas escuelas.²⁹⁵

Si bien Augusto no creó un *ludus* imperial como tal, sentó las bases para que sus sucesores consolidaran y formalizaran el control estatal de la formación y entrenamiento de los gladiadores, principalmente en la ciudad de Roma. A partir de él, los emperadores comenzaron a involucrarse más directamente en la creación de los *ludi* imperiales como fue el caso de Claudio, Domiciano y Trajano.

La idea era que la organización de cada juego imperial le resultara poco costosa y muy rentable, puesto que combatían sus propios

²⁹⁴ PASTOR MUÑOZ, M. y PASTOR ANDRES, H. (2009). La profesión de gladiador en el Norte de África. *Florentia Iliberritana*, (20), p. 133.

²⁹⁵ DELGADO LINACERO, *op. cit.*, p. 6,

gladiadores y en su propio anfiteatro.²⁹⁶ De este modo, ya no tenían que recurrir a los lanistas que, con sus altas comisiones y control del mercado, hacían elevar el precio de los combatientes.

Fuera de Roma la situación pudo ser un tanto distinta. Debieron coexistir los *ludus* privados junto a los imperiales; el de Capua, Pompeya, Ravena (que era imperial), o el de Praeneste (del que se duda si era privado o imperial).²⁹⁷ Recientemente se ha encontrado un *Ludus* en Carnuntum, Austria, así como otros en distintas provincias romanas, normalmente junto al anfiteatro, en lo que debió ser la fórmula habitual en la que se concentraba el centro de actividad económica en torno al lugar donde se iban a desarrollar los combates.²⁹⁸

Pero, en definitiva, en la ciudad de Roma lo más probable es que, a partir de Augusto y la aparición del Estado como empresario dedicado a la captación y formación de gladiadores (a través de las

²⁹⁶ El elevado precio que tenían los gladiadores en Roma provocó que diversos emperadores, ya desde Augusto, tomaran medidas para intentar moderar el gasto en *spectacula*. CAVALLARO, M. A. (1984). *Spese e spettacoli. Aspetti economici-strutturali degli spettacoli nella Roma giulio-claudia*. Habelt: Bonn, citado por CEBALLOS HORNERO, A. (2007). El coste de los espectáculos gladiatorios en las ciudades del occidente romano. *Archivo Español de Arqueología*, 80, p. 109.

²⁹⁷ Aparte de Roma, Capua y Rávena, se sabe que otras ciudades, como Pompeya, Nola, Este y Praeneste tenían también *ludi*. Muchas escuelas de gladiadores estaban fuera de Italia, por ejemplo, en Britania (Gran Bretaña), Galatia, Capadocia, Licia, Panfilia, Cilicia, Chipre, Ponto, Paflagonia, Galia, Hispania (España), Germania y Retia. También había escuela de gladiadores en Alejandría y Aegyptus (Egipto). NOSSOV, *op. cit.*, p. 144.

²⁹⁸ Si bien en esa época quedaban también algunos *ludi* privados, cada vez más limitados en la ciudad de Roma, con Domiciano, al menos respecto a su importancia en cuanto a número de gladiadores, se sustituyeron en su gran mayoría por los *ludus* imperiales que se construyeron junto al Coliseo: *Ludus Matutinus*, *Ludus Magnus*, *Ludus Gallicus* y *Ludus Dacicus*. FIEL VARELA, *op. cit.*, p. 219.

escuelas imperiales), dejaron de existir los *ludi* privados y el monopolio del tráfico quedara relativamente limitado a los *ludi* imperiales, desplazando la actividad de los lanistas hacia las provincias.²⁹⁹ Lamentablemente, sus resultados fueron limitados ante la escalada en el lujo de los juegos y ante la falta de continuidad de esas medidas por otros emperadores.³⁰⁰

XII. Conclusiones

Los *munera* o juegos de gladiadores no formaron parte, desde su aparición en Roma en el siglo III a. C., de los juegos públicos religiosos oficiales. Con el tiempo, la práctica se fue desvinculando de su raíz religiosa (juegos funerarios) y se volvió un entretenimiento popular y masivo, patrocinado por magistrados, sacerdotes o ciudadanos ilustres para ganar prestigio político, calmar al pueblo, celebrar victorias militares, o festejar eventos históricos.

Pronto se transformaron en herramientas de propaganda, para reforzar la imagen de poder y generosidad de los políticos ante el pueblo. Con la llegada del Imperio, especialmente con Augusto, se transformaron en espectáculos públicos de masas patrocinados por el gobierno, convirtiéndose en un símbolo central de la cultura del entretenimiento romano.

Entre las hipótesis que se han planteado respecto de los objetivos

²⁹⁹ De esta manera se estableció un sistema doble de *ludi*, los privados (fuera de la ciudad de Roma) y los imperiales (los cuatro de la capital y los de afuera, como el de Capua). Desde entonces, en Roma no habría lanistas, pues esa profesión la ejercía ahí en monopolio el emperador, a través de sus procuradores al frente de los cuatro *ludi* creados por Domiciano. MAÑAS BASTIDA, *op. cit.*, p. 160.

³⁰⁰ CEBALLOS HORNERO, *op. cit.*, p. 109.

de la regulación establecida por Augusto, casi todas coinciden en que fueron múltiples y variados. A su permanente idea de recuperación de las *mores maiorum* se agregaba su intención de agradar al pueblo ofreciéndole espectáculos que requerían la inversión de mucho dinero con el objeto de que los juegos organizados por el emperador comenzaran a sentar las bases de uno de los símbolos de identidad del Imperio romano.

Entre los efectos de las medidas introducidas por Augusto se observa un mayor control estatal sobre los juegos al centralizar la organización de estos espectáculos en la figura del emperador y limitar los organizados por los privados. De este modo se redujo la presión sobre los magistrados y se evitó que los espectáculos fueran un factor de dispendio extremo.

La participación del emperador en la organización también aseguró una distribución más justa de recursos. Al establecerse límites en la cantidad de gladiadores y en la frecuencia de los espectáculos, se logró reducir temporalmente el gasto que los magistrados y otros organizadores debían asumir para estos eventos. Esto evitó que los juegos se convirtieran en competiciones de gasto desmesurado entre figuras políticas, tal como había sido durante la República.

La idea de desarrollar *ludi* imperiales permitió centralizar el control del entrenamiento de gladiadores y asegurar un suministro constante y más económico para los juegos. La prohibición de los *munera sine missione*, además de reducir la brutalidad, contribuyó a proteger la “inversión” en gladiadores, que eran caros de entrenar y mantener, permitiendo reutilizarlos en más espectáculos.

Aunque dichas medidas lograron contener los costos durante su mandato, el entusiasmo popular por los juegos y la necesidad de los emperadores posteriores de mantener el favor del pueblo llevaron a un aumento gradual en los gastos nuevamente.³⁰¹

³⁰¹ Emperadores posteriores, como Tito y Trajano, organizaron *munera* grandiosos

Si bien la denominada “reforma augusta” no fue un cambio regulado de un día para el otro, la incorporación de reglamentaciones parciales, progresivas y consecutivas durante su mandato tuvo como resultado indiscutido que el espectáculo de los juegos de gladiadores pasara a formar parte del Imperio romano.

Con ella, Augusto pudo crear una imagen más aceptable e idealizada de sí mismo y de su poder. La conmoción de los espectadores permitió la penetración más profunda de símbolos e ideas centrales del poder, y la lógica del espectáculo pasó a fundamentarse en una categorización cultural puramente romana: romano versus no civilizado o no romano.³⁰²

En definitiva, con las analizadas reformas en la organización, en los *ludi*, en las reglas del combate, en los tipos gladiatorios y en los procedimientos, Augusto institucionalizó los combates gladiatorios como un entretenimiento nacional romano y tras su largo mandato ya no hubo vuelta atrás en el modelo de espectáculo gladiatorio que había diseñado.

A partir de entonces y hasta su desaparición, tanto los espectadores de la ciudad de Roma como los de las provincias del Imperio, se acostumbraron a ese renovado espectáculo y solo esperaban que los futuros emperadores siguiesen ofreciéndolos, con la misma frecuencia y calidad con las que Augusto los había instalado.

que volvieron a elevar el costo de los juegos a niveles altos, especialmente durante eventos de inauguración o conmemoración de victorias militares.

³⁰² GARRIDO MORENO, *op. cit.*, p. 177.

Quintiliano, la oscuridad del lenguaje jurídico y su impacto en las sentencias judiciales³⁰³

Por Gabriela Marta Alonsopérez³⁰⁴

Resumen

El objetivo del trabajo es indagar en el principio presentado por Quintiliano “El primer requisito de la elocuencia es la claridad” y cómo a través de la oscuridad del lenguaje jurídico se intenta transmitir un mensaje que no es comprensible para el destinatario.

Quintiliano hace mención en su libro VIII, capítulo II, 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.

³⁰³ 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, publicada en ÁLVAREZ, M. (2023). *Estudio sobre Principios generales y Derecho Romano, Volumen 2*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores.

³⁰⁴ Profesora regular adjunta en la asignatura Instituciones de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires.

Esta oscuridad en el lenguaje jurídico atenta contra la razón de ser de las sentencias judiciales como instrumento de comunicación entre el juez y los ciudadanos, comprometiendo la transmisión del mensaje a la ciudadanía.

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”.³⁰⁵

El lenguaje claro promueve la eliminación de barreras en materia de comunicación y protege el derecho de comprender de las personas en un sistema democrático.

Tanto para el orador clásico como para el moderno es de suma importancia utilizar un lenguaje claro y evitar las estructuras que atentan contra dicha claridad. En este trabajo destacaré cuáles son esas estructuras y los canales necesarios para evitarlas o subsanarlas, en especial en las sentencias judiciales.

Palabras clave: Quintiliano; oscuridad del lenguaje; sentencias judiciales

I. Quintiliano y su obra

Marco Fabio Quintiliano (35 d. C. - 96 d. C. aproximadamente) nació en Calahorra 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

³⁰⁵ PLAIN LANGUAGE ASSOCIATION INTERNATIONAL (s. f.). *¿Qué es el lenguaje claro?* <https://plainlanguagenetwork.org/plain-language/que-es-el-lenguaje-claro/>.

para él. Fue el primer retor 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, la *Institutio Oratoria*. 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 las muertes recientes 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”.³⁰⁶

Los doce libros de la *Institutio Oratoria* 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

³⁰⁶ ALONSO ROCAFORT, V. (2008). Marco Fabio Quintiliano y la retórica democrática. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 13(43), pp. 49-66. http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-52162008000400004.

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 cuatro 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 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.³⁰⁷

³⁰⁷ GARCÍA TEJERA, M. C. y HERNÁNDEZ GUERRERO, J. A. (s. f.). *Quintiliano* (c. a. 35-ca. 96. d. C) https://www.cervantesvirtual.com/portales/retorica_y_poetica/quintiliano/.

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”.³⁰⁸

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”.³⁰⁹ Esta comunicación debe llegar tanto al destinatario directo como a toda la sociedad.

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

Quintiliano en *Instituciones Oratorias*, en el 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

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ GARCÍA TEJERA y HERNÁNDEZ GUERRERO, *op. cit.*

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.³¹⁰

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 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 (...).³¹¹ Nace también la oscuridad de la interposición de alguna cosa en el contexto, como lo hacen los historiadores y oradores, porque esto embaraza el sentido (...).³¹² 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 (...).³¹³

³¹⁰ QUINTILIANO, M. F. (1799). *Instituciones Oratorias*. https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/fffb2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064_42.html#l_16.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² *Ibidem*.

³¹³ *Ibidem*.

Respecto de la ambigüedad, Duque Roquero Roberto expresa:

Escribir mal produce ambigüedad. Se abren diferentes maneras de interpretar el contenido. Los conceptos se ablandan. Las ideas se repiten. Hay que leer los párrafos más de una vez. Aparecen ramificaciones que luego se entrelazan y terminan por confundirse entre sí. Sean normas, contrataciones o juicios, su análisis puede volverse tormentoso hasta para el más curtido de los expertos.³¹⁴

Por su parte, Quintiliano sostiene:

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 entendidos (...).³¹⁵ 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.³¹⁶

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.

Acerca de amontonar palabras inútiles, Duque Roquero Roberto señala:

³¹⁴ DUQUE ROQUERO, R. (2023, 9 de marzo). La realidad del lenguaje jurídico. Nexos. <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/la-realidad-del-lenguaje-juridico/>.

³¹⁵ QUINTILIANO, M. F., *op. cit.*

³¹⁶ *Ibidem.*

Hace años conocí a un jurista muy exitoso. Era abogado, pero cobraba como estrella de cine. En sus demandas siempre incluía un robusto capítulo teórico. Eran decenas de páginas áridas que —como usted podrá adivinar— venían plagadas de tecnicismos, citas en latín y palabras raras. Desde el punto de vista jurídico todas esas hojas salían sobrando. En nada abonaban para ganar el asunto. En cierta ocasión, una joven y brillante abogada de su despacho le preguntó la razón por la que existía semejante apartado, con cuya inclusión ella discrepaba. Con fenomenal cinismo, el jefe le respondió que esa parte estaba ideada solo para que el cliente sintiera que valió la pena el dinero desembolsado por sus servicios, aun si luego se perdía el caso. Se dijo seguro de que el juez ignoraría esa sección por completo (entre gitanos no nos leemos las cartas), en cambio, quien lo contrató sí le echaría un vistazo, así fuera rápido, y quedaría cautivado. En otras palabras: aquellas páginas eran jurídicamente inútiles, pero comercialmente poderosas. Nadie las leería de verdad, mas cumplían la importante función de impresionar a quien paga. Era como para que el cliente dijera: “Mira qué abogadazo traigo; no seré licenciado pero reconozco una buena demanda; fíjate, ¡es de 50 cuartillas!”³¹⁷

Finalmente, Quintiliano en su obra 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 usáremos 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 (...).³¹⁸

Esa es la finalidad del lenguaje claro: hacer comprensible el mensaje y evitar la oscuridad que impide esa comprensión.

³¹⁷ DUQUE ROQUERO, *op. cit.*

³¹⁸ QUINTILIANO, M. F., *op. cit.*

III. Quintiliano, la retórica y el arte del bien decir

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.

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”.³¹⁹

Agrega el autor en *Institutio Oratoria*, 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.³²⁰

En cuanto a la definición de la retórica, Quintiliano expresa en *Institutio Oratoria*, 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 (...)”.³²¹ 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”.³²²

³¹⁹ ALONSO ROCAFORT, *op. cit.*

³²⁰ QUINTILIANO, M. F., *op. cit.*

³²¹ *Ibidem.*

³²² *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*”.³²³

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 todo arte, que los griegos llaman término. Porque si es arte de bien decir, su fin y último término es esto mismo.³²⁴

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 *Institutio Oratoria*, 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”,³²⁵ 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 de toda superfluidad, omitiendo lo que no importa ni para inteligencia ni utilidad de la causa”.³²⁶

³²³ *Ibidem*.

³²⁴ *Ibidem*.

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ *Ibidem*.

Por el contrario, en general, la forma de expresarnos, tanto en los escritos como en las sentencias judiciales, se caracteriza por ser extensa, por lo cual frecuentemente nos lleva a confusiones y a errores de redacción.

Por otra parte, se utilizan palabras que dificultan la comprensión y desalientan la lectura por parte de los destinatarios: los ciudadanos.

Como expresa Duque Roquero, “una sentencia es mejor si consta de 100 ‘fojas’ que si es de 10 hojas. Por ningún motivo usaremos en castellano la frase ‘a primera vista’; nuestra pluma escribirá ‘*prima facie*’, en musical latín. Si dos leyes chocan, no diremos que ‘se contradicen’ (...); esgrimiremos, en cambio, que ‘se actualiza una antinomia’.”³²⁷

Según este autor, “así pues, los abogados nos expresamos de esa forma para hacernos imprescindibles y con ello ganar dinero. Es una tradición redituable. Incrementa los ingresos globales del gremio. Otras profesiones también lo hacen, pero –créanme– nadie como nosotros”.³²⁸

Según José Rogerio Sánchez, 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.³²⁹

³²⁷ DUQUE ROQUERO, *op. cit.*

³²⁸ DUQUE ROQUERO, *op. cit.*

³²⁹ SÁNCHEZ, J. R. (1943). Quintiliano o el buen sentido. *Red de Información Educativa*. <https://redined.educacion.gob.es/xmlui/bitstream/handle/11162/69529/00820073000849.pdf>.

Quintiliano, en el libro VIII en su proemio, afirma:

No pretendo con esto que hayamos de cuidar sólo 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.³³⁰

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

Quintiliano, al referirse a la escritura, recomienda en el 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.³³¹

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

³³⁰ QUINTILIANO, *op. cit.*

³³¹ *Ibidem.*

persona, cuál es la ocasión y cuál el ánimo del juez, poniéndonos a escribir de un modo racional.³³²

Si el poder judicial aprende y se ejercita en el método, diseño y estilo del lenguaje claro, las sentencias serán comprensibles para el ciudadano.

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 al destinatario que recibe el mensaje.

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 género de oración no es conveniente a toda causa ni a cualquier auditorio, ni a cualquier persona ni tiempo*”.³³³ Y agrega: “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”.³³⁴

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 adecuar el lenguaje 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.

IV. El lenguaje claro y las sentencias judiciales

El lenguaje claro es un movimiento internacional que apareció en

³³² *Ibidem*.

³³³ QUINTILIANO, M. F., *op. cit.*

³³⁴ *Ibidem*.

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.

Hoy, en las sentencias judiciales, no es suficiente la legitimación de la autoridad que da el cargo del juez, sino que se necesita entender las motivaciones que llevaron a la decisión sin necesidad de la traducción de un abogado.³³⁵

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.

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”.³³⁶

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

³³⁵ GRAIEWSKI, M. J. (2019). El lenguaje claro en el ámbito jurídico. *SAIJ*. <https://www.saij.gob.ar/monica-graiewski-lenguaje-claro-ambito-juridico-dacf190117-2019-05/123456789-0abc-defg7110-91fcanirtcod?q=%28id-infojus%3Adacf190117%29%20&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTribunal%257%20>

³³⁶ PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (2019). *Guía de Lenguaje Claro y Estilo*. <http://lenguajeclaroargentina.gob.ar/wp-content/uploads/2020/06/GUIA-DE-LENGUAJE-CLARO-Y-ESTILO.pdf>.

marcadores y conectores, y si se utilizan, intentar variarlos y seleccionar los más sencillos; 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 (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”).³³⁷

Según Enrique Silvestre Catalán,

uno de los elementos que debería 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 (...).³³⁸

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

³³⁷ *Ibidem*.

³³⁸ CATALÁN, E. S. (s. f.). *Lenguaje Claro. Comprender y hacernos entender* (p. 6). Instituto Lectura Fácil. <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 (...).”³³⁹

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.

Mónica Graiewski expresa sobre el decir de los abogados “escribimos largos párrafos plagados de formalidades, arcaísmos e información irrelevante que dificultan la comprensión. Esto hace que se requiera la traducción de un abogado para saber cuáles son los derechos que están en juego y en que consiste la decisión del juez (...)”.³⁴⁰

Agrega la autora: “(...) la manera en que nos expresamos en escritos judiciales, leyes y sentencias deriva de la tradición y da como resultado un discurso antiguo y complicado, sobrecargado de oraciones larguísimas y párrafos interminables”.³⁴¹

Además, insiste:

(...) en que no es la terminología propia de la profesión lo que hace ininteligibles nuestros documentos, porque en general el lector puede desentrañar el sentido de un término asociándolo con el contexto en que está usado. Pero los abogados, además de usar jerga jurídica, abusamos de los gerundios, de referencias innecesarias y de oraciones dentro de otras, en una seguidilla que no termina nunca y obliga al lector a releer varias veces para poder entender lo que quisimos decir.³⁴²

Finalmente, sostiene que “en el mundo jurídico la resistencia a simplificar el discurso se basa en la creencia equivocada, según mi opinión –de que cuanto más rebuscado es el mensaje más erudito

³³⁹ *Ibidem*, p. 7.

³⁴⁰ GRAIEWSKI, *op. cit.*,

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² *Ibidem*.

parece, o que la sencillez está reñida con el rigor y la calidad jurídica”.³⁴³ Y que “en los hechos, escribir simple y claro requiere una mayor riqueza lingüística que poner en el papel todo lo que nos viene a la cabeza. La síntesis nos obliga a elegir qué parte vamos a decir de todo lo que sabemos y cómo decirlo de manera que quede claro que es lo que pretendemos con ello”.³⁴⁴

Guillermo Dante González Zurro señala: “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”.³⁴⁵

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, cómo obtener “su tutela efectiva”, qué puede esperar de la tramitación de un juicio. El acceso a la justicia comprende el derecho a la información en lenguaje claro.³⁴⁶

Escribir una sentencia en lenguaje claro es una elección que pone la mira en el destinatario:³⁴⁷ el ciudadano, asegurándole la comprensión del texto y consecuentemente la protección de sus derechos.

³⁴³ *Ibidem*.

³⁴⁴ *Ibidem*.

³⁴⁵ GONZÁLEZ ZURRO, G. D. (2018, 26 de diciembre). Sentencias en lenguaje claro. *La Ley*. [https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/IVONNE/POSTULANTES/ENTC-Reglamento Princ Publicidad y Comunicacion Jud.pdf](https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/IVONNE/POSTULANTES/ENTC-Reglamento_Princ_Publicidad_y_Comunicacion_Jud.pdf).

³⁴⁶ *Ibidem*.

³⁴⁷ *Ibidem*.

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”.³⁴⁸

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”.³⁴⁹

Por su parte, María Victoria Feito Torrez expresa: “(...) 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”.³⁵⁰

³⁴⁸ CARRETERO GONZÁLEZ, C. (2018, 6 de febrero). La importancia e influencia del uso del lenguaje claro en el ámbito jurídico. *Revista Pensamiento Penal*. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/25574/Cristina%20Carretero%20Pensamiento%20Penal%20doctrina46190.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

³⁴⁹ *Ibidem*.

³⁵⁰ FEITO TORREZ, M. V. (2023, 28 de julio). Mirar el lenguaje claro desde una justicia interseccional. *La Ley*.

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

(...) el efectivo acceso a la justicia no es una construcción abstracta; la Constitución Nacional manda en su artículo 16 que todos los habitantes del país sean iguales ante la ley. Dificilmente 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.³⁵¹

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.

La Constitución Nacional, las leyes y la normativa internacional reconocen el derecho a comprender que tiene el ciudadano y compromete a los poderes del estado a garantizarlo.

V. La importancia de la claridad en las sentencias

Muchas veces, en las sentencias judiciales, al modo de Quintiliano, “las palabras hermean, es cierto, un discurso; pero esto ha de ser con naturalidad, no con afectación”.³⁵²

En la demanda de limitación a la capacidad P., M.F s/ demanda de limitación a la capacidad de mayo de 2017, Juzgado de primera

³⁵¹ FEITO TORREZ, *op. cit.*

³⁵² QUINTILIANO, *op. cit.*

instancia en lo Civil y Comercial y de Familia 4ta. Nom. Villa María, Córdoba, el juez dicta sentencia en la que se dispone la restricción del pleno ejercicio de la capacidad por afectación de la salud mental de una mujer de 45 años que padece un deterioro cognitivo producto de un accidente de tránsito.

El juez debe explicar en lenguaje sencillo para que la persona afectada pueda entender la restricción a su capacidad, el motivo de su internación, condiciones y posibilidades.

El fundamento de esta exigencia surge del compromiso internacional de promover y proteger la autonomía, la dignidad y la plena integración a la sociedad de las personas con discapacidad.

En cuanto a las normas internacionales que respaldan dicho criterio se señala en el fallo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (incorporada a nuestro derecho interno por Ley 26.378, y a la cual por Ley 27.044-BO22/12/2014, se le otorgó jerarquía constitucional según el artículo 75, inciso 22, CN.) ; las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas 04/03/1994) y las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (aprobada por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6/03/2008, a las cuales adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación por Acordada N° 5/2009 del 24/02/2009, y mencionadas como “recurso disponible” por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba –Acuerdo N° 618 Serie “A” del 14/10/2011–).

Como hemos referido, las sentencias judiciales deben transmitir de forma clara el mensaje que se pretende hacer llegar a la comunidad. Esta aspiración se ve afectada al analizar la redacción de las resoluciones judiciales.

Si bien en el ejemplo mencionado el juez debe adecuar lo escrito para ser entendido por el destinatario (en un apartado), a mi entender el texto completo tiene vicios propios a la forma tradicional de redacción.

En este fallo se visualizan dichos vicios en las siguientes expresiones:

- “b) Que a fs. 21 se otorga participación a los comparecientes, y a fs. 22 toma intervención la Asesora Letrada de Primer Turno, María Cristina Rivera de Cerutti, como Ministerio Púpilar”. En vez del término “hojas”, el juez utiliza la palabra “fojas (fs.)”.
- “(...) Conclusión. Que el Tribunal nada tiene para observar respecto del trámite cumplido en el juicio (...)”. Esta expresión no agrega datos para la resolución del caso y no ayuda la comprensión de la sentencia.
- “No se trata de supeditar la asistencia y tutela estatales a la demostración periódica de su enfermedad, como sostiene el tribunal *a quo*, sino más bien de actualizar cada tres años el estudio circunstanciado del estado de su patología a los fines de auscultar su evolución (...)”. En esta narración se utilizan términos de difícil lectura para el ciudadano común.
- “12) Conclusión. Resolución. Que, en consecuencia, corresponde declarar la restricción del pleno ejercicio a la capacidad de M. F. P. (arts. 24 inc. c, 32 párrafo final, 38 y conc. Cód. Civ. y Com.), y designar como persona de apoyo, a su padre A. S. P. (arts. 43, 138, 32 párrafo final y conc. Cód. Civ. y Com.), quien deberá actuar en su representación y será discernido dicho cargo en forma (arts. 112 primera parte, 114 y conc. Cód. Civil y Com., y art. 850 Cód. Proc.). Se dispondrá la toma de razón de lo resuelto en el registro correspondiente (art. 39 y conc. Cód. Civ. y Com.)”. En esta redacción se establece en modo ambiguo la función de la persona de apoyo.

Martín Eduardo Ato Alvarado nos refiere a los vicios más recurrentes según los estudiosos del derecho:

Entre los defectos comunicativos más comunes resaltados uniformemente por la doctrina se hallan los siguientes:

- Uso y abuso de una sintaxis intrincada, pesada o ininteligible.
- Términos y fórmulas obsoletas (por ejemplo, “otrosí digo”, “autos”, “vistos”).
- Palabras extranjeras o híbridos derivados del latín o del francés (“*ab intestato*”, “litigio”, “*a quo*”, “*ad quem*”).
- Términos cuyo significado no es el mismo que se les da en el lenguaje cotidiano.
- Uso excesivo de términos para describir nociones ya mencionadas (por ejemplo, precitado, anteriormente mencionado, arriba citado).
- Predominio de oraciones impersonales y pasivas.
- Abundancia de oraciones largas intercaladas con mucha subordinación y coordinación, encadenadas mediante numerosos incisos, cláusulas obsoletas y gerundios, que permiten condensar grandes cantidades de información en una misma preposición (por ejemplo: “Si no se recibe en el plazo de seis semanas de licencia mediante notificación por escrito que el arrendatario le dice que da su consentimiento a la terminación del contrato de arrendamiento, el arrendador podrá exigir al juez, con base en las razones antes mencionadas, establezca la fecha en que el contrato de arrendamiento finaliza”).
- Enumeraciones complejas, presencia de una larga serie de palabras en una sola frase.
- Dificultad para encontrar información relevante, que a menudo se incluye en las propuestas subordinadas o al final del resto del texto (por ejemplo: “El tribunal ha llevado a cabo un análisis exhaustivo de diferentes argumentos y llega a la conclusión de que después de la deliberación, la venta de la casa no está permitida”).
- Precisión llevada al extremo por la presencia de muchas repeticiones, que a menudo resulta en confusión.
- Uso de palabras y oraciones largas que contienen múltiples ideas.³⁵³

³⁵³ ATO ALVARADO, M. E. (2021). El lenguaje claro y la transparencia de las

Según Salvador Olimpo Nava Gomar, “la sentencia es vista no solo como la decisión judicial, sino como la forma en que los tribunales de justicia expresan su voz (...)”.³⁵⁴

Y agrega:

(...) un aspecto de vital importancia para que el derecho mantenga su esencia y cumpla dichos propósitos, consiste en que el lenguaje empleado en sus actos de interacción comunicativa con la sociedad, como la sentencia judicial, sea sencillo, claro y comprensible para las personas. Sin embargo, el lenguaje jurídico actual dista de tal objetivo, pues se observan en el mismo algunas deficiencias que lo alejan cada vez más de la sociedad.³⁵⁵

Es importante destacar que si no se resuelve la problemática referida al lenguaje jurídico se convertirá, en palabras del autor, “en un obstáculo que aísla y separa cada vez más a la autoridad del gobernado, deteriorando asimismo en forma grave y quizá irreversible, otros elementos cualitativamente superiores para el entendimiento, la convivencia y la cohesión social, esto es, el respeto, la confianza y la credibilidad de la ciudadanía en el derecho, la justicia y las instituciones”.³⁵⁶

Por su parte, también enuncia: “A través de la sentencia el juez se comunica con la sociedad. De ahí la reiteración de que los jueces se legitiman a partir de los argumentos y razones expresados en sus sentencias.”³⁵⁷

decisiones judiciales. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 13(16), pp. 61-76. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/450/608>.

³⁵⁴ NAVA GOMAR, S. O. (2010). La sentencia como palabra e instrumento de la comunicación. *Revista Justicia Electoral*, 1(6), 45-76. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4062157.pdf>.

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ *Ibidem*.

³⁵⁷ *Ibidem*.

Y sobre la redacción de las sentencias afirma: “Toda sentencia debe reunir tres requisitos o cualidades indispensables: claridad, precisión y congruencia, de indiscutible relevancia para estar en aptitud de alcanzar el cometido de socializar el derecho”.³⁵⁸

VI. Sentencias en lenguaje claro

Según Campo (2011, citado por Martín Eduardo Ato Alvarado), “la claridad en el lenguaje jurídico es la virtud más escasa y quizás la más necesaria”.³⁵⁹

Ato Alvarado señala que “en la actualidad se necesita que las resoluciones judiciales sean claras, ordenadas, debidamente motivadas y con un lenguaje que no sea arcaico ni lleno de tecnicismos que dificulten la comunicación”.³⁶⁰

En vista de asegurar un lenguaje jurídico claro, me interesa presentar la propuesta de Guillermo González Zurro sobre el diseño de las sentencias. Nace esta propuesta teniendo en cuenta, y siguiendo las palabras del autor, “escribir una sentencia en lenguaje opaco o en lenguaje claro es una elección. Podemos elegir continuar la tradición o intentar modificar los criterios con el aporte de mayor claridad”.³⁶¹

El autor sostiene:

Todos sabemos que los abogados hablamos y escribimos en una jerga técnica que es opaca, poco comprensible para quien no estudió derecho. Pensemos en cómo debe explicarle un abogado a su cliente el escrito de

³⁵⁸ *Ibidem*.

³⁵⁹ ATO ALVARADO, *op. cit.*

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ GONZÁLEZ ZURRO, *op. cit.*

demanda, o cómo traducirle la sentencia muchas veces ininteligible que el juez le dictó. No es extraño que su destinatario, al leerla, no sepa si ganó o perdió.³⁶²

Asimismo, agrega: “Una forma muy importante de medir la legitimidad de los jueces es por la calidad y claridad de las sentencias que dictan”.³⁶³

El artículo 3 del Código Civil y Comercial argentino dice: “El juez debe resolver los asuntos mediante una decisión razonablemente fundada”.³⁶⁴

Es decir que el magistrado debe dar, en forma clara, razones y argumentos por los cuales decide absolver o condenar. Estas razones deben ser entendidas por las personas a las que van dirigidas, pero también por la sociedad. Así, la sociedad podrá ejercer un control democrático sobre las sentencias.³⁶⁵

González Zurro afirma: “No se trata solo de problemas gramaticales (que los hay), sino también de diseño de la sentencia”.³⁶⁶

Señalaré algunas de las sugerencias de este autor respecto del diseño de las sentencias:

Primero, la tipografía, pues una fuente legible redundará en beneficio del lector e invita a leer: trato de utilizar fuentes Serif (que cuentan con terminaciones en cada letra), como la Garamond la Century Schoolbook, 12 puntos de altura como mínimo. Nunca las Sans Serif, como la Arial ni las

³⁶² *Ibidem*.

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHO HUMANOS DE LA NACIÓN (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Infojus. http://www.sajj.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf.

³⁶⁵ GONZÁLEZ ZURRO, *op. cit.*

³⁶⁶ *Ibidem*.

monoespaciadas, que ocupan el mismo ancho para cada letra, como hacían las máquinas de escribir (12).

En lugar de escribir una larga sentencia toda de corrido, podemos trabajar en su diseño. En la división de las partes fundamentales de la sentencia comienzo por el título principal: Sentencia. Elimino los gerundios tradicionales: no hay Resultandos ni Considerandos sino Antecedentes y Fundamentos de hecho y de derecho.

Utilizo títulos que separen y muestren en forma rápida y más legible la información más importante como puntos temáticos (ejemplos: aplicación temporal de la ley, marco legal, prueba de testigos, solución del caso, etc.). Subdivido cada párrafo, con numeraciones (i, ii, para los Antecedentes; 1.1., 1.2., para los Fundamentos).

Enumero los demandados con viñetas para cada uno; lo que lo hace más legible. Intento nombrar a cada parte por su nombre y apellido y no “el actor”, “el demandado”.

Las citas de doctrina y de jurisprudencia van con notas al pie, en vez de ponerlas en el texto entre paréntesis, como se hace en forma tradicional, lo que permite una lectura más ágil y de la cual su destinatario principal puede prescindir.

Las declaraciones de los testigos o transcripciones literales de los documentos van en cursiva y en bloque separado.

Cada partida resarcitoria lleva su propio título y numeración. Las cantidades (reclamos, indemnizaciones, honorarios) van solo en números y no en forma duplicada de números y letras.

El fallo también sigue el mismo criterio: se separa cada parte de la decisión en una oración numerada distinta, sin que esté todo de corrido.³⁶⁷

En cuanto a la sintaxis, recomienda una idea por párrafo, compuesto de varias oraciones cortas. Sobre la extensión del párrafo, un máximo de 15 líneas. En las oraciones entre 70 y 140 caracteres

³⁶⁷ *Ibidem*.

como máximo cada una (aproximadamente 20-25 palabras). Evitar abusar del gerundio (habiendo, surgiendo, colocados al inicio de la oración). Podemos emplear las nominalizaciones (esto es, sustituir verbos por sustantivos) o ir directamente a su verbo: en vez de “dar cumplimiento”, cumplir; en vez de “practicar la notificación”, notificar).

Evitar abusar de la voz pasiva, así no genera el mismo efecto decir “el auto fue chocado” que “Juan Pérez chocó el auto”; “la sentencia apelada” que “Juan Perez apeló la sentencia”.

En cuanto a los tiempos verbales, en lugar de utilizar el imperfecto del indicativo (el que causare, negare, hubiere, alegare) utilizar el presente del subjuntivo (el que cause, niegue, haya, alegue).

En lugar de la palabra arcaica “fojas” utilizar “hojas”. Evitar, en lo posible, los latinismos. En cuanto a la estructura de la oración volver a lo básico: sujeto – verbo – predicado.³⁶⁸

Por último, el autor sintetiza: “(...) sin negar en absoluto la especialidad y complejidad del lenguaje técnico-legal, intentemos que el destinatario final del fallo, como usuario del servicio de justicia, comprenda mejor lo que se decide”.³⁶⁹

Por otra parte, hace una distinción entre lenguaje claro y lenguaje fácil. El lenguaje fácil está dirigido a personas con restricciones en su capacidad. En cambio, el lenguaje claro mantiene toda la dificultad de los problemas propios del derecho, no suprime ninguna información, pero ese contenido se intenta comunicar de manera más comprensible, más legible y más clara.

En el ejemplo del fallo P., M.F s/ demanda de limitación a la capacidad de mayo de 2017, Juzgado de primera instancia en lo Civil y Comercial y de Familia 4ta. Nom. Villa María, Córdoba, se visualiza que, si bien el juez utiliza el lenguaje fácil en un apartado

³⁶⁸ GONZÁLEZ ZURRO, *op. cit.*

³⁶⁹ *Ibidem.*

de la sentencia en virtud de estar dirigido a una persona con restricciones en su capacidad, en el resto de la sentencia conserva los vicios de la forma tradicional de redacción, y no aplica las reglas del lenguaje claro.

VII. El lenguaje claro en el marco normativo de la Argentina

En la 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 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 el 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, vinculándolo 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 el año 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 a nadie atrás”, respetando la diversidad humana planteada por los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) 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 Desarrollo Sostenible, que entienden que las buenas prácticas en comunicación clara conducirán a lograr una Argentina inclusiva.³⁷⁰

VIII. 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”. Dicha oscuridad impide que el mensaje sea entendido por el destinatario: la sociedad. 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.

En cuanto a las sentencias judiciales, esa oscuridad afecta el derecho de defensa mencionado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, dado que el individuo no puede defenderse de algo que no comprende.

A la vez, se afecta el “efectivo acceso a la justicia” mencionado en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Difícilmente pueda haber igualdad ante la ley si unas pocas personas tienen el privilegio de entender el lenguaje que se usa en las sentencias, mientras que la mayoría de la ciudadanía necesita la “traducción” que hacen los profesionales del derecho. De esta manera, se pierde la credibilidad que tiene la ciudadanía sobre la labor del Poder Judicial.

³⁷⁰ STAIANO, N. (2021). *El lenguaje claro como una garantía de una comunicación eficaz entre el Estado y la ciudadanía*. Buenos Aires: Instituto Nacional de la Administración Pública. <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cuinap59.pdf>.

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

La claridad es una elección de estilo, y la oscuridad también. La idea es lograr una redacción de sencillo acceso que evite la confusión interpretativa. El lenguaje jurídico de las sentencias debe proteger el derecho de defensa de todo ciudadano y asegurar la confianza y la credibilidad de la ciudadanía en el derecho, la justicia y las instituciones.

Así, la idea inicial plasmada por Quintiliano en su obra *Institutio Oratoria* se transforma hoy en el principio rector del lenguaje claro que hace comprensible el mensaje para el receptor.

IX. Referencias bibliográficas

ALONSO ROCAFORT, V. (2008). Marco Fabio Quintiliano y la retórica democrática. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 13(43), pp. 49-66. http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-52162008000400004.

- ATO ALVARADO, M. E. (2021). El lenguaje claro y la transparencia de las decisiones judiciales. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 13(16), pp. 61-76. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/450/608>.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO ARGENTINA (s. f.). *Leer nos hace libres*. <https://bcn.gob.ar/lectura-accesible/leer-nos-hace-libres>.
- CARRETERO GONZÁLEZ, C. (2018, 6 de febrero). La importancia e influencia del uso del lenguaje claro en el ámbito jurídico. *Revista Pensamiento Penal*. <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. (s. f.). *Lenguaje Claro. Comprender y hacernos entender* (p. 6). Instituto Lectura Fácil. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/17353/GUIA%20DEF%20LENGUAJE%20CLARO.PDF?sequen>.
- CUMBRE JUDICIAL DE IBEROAMERICA (2008, 4 al 6 de marzo). *Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>
- DUQUE ROQUERO, R. (2023, 9 de marzo). La realidad del lenguaje jurídico. *Nexos*. <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/la-realidad-del-lenguaje-juridico/>.

FEITO TORREZ, M. V. (2023, 28 de julio). Mirar el lenguaje claro desde una justicia interseccional. *La Ley*.

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

GONZÁLEZ ZURRO, G. D. (2018, 26 de diciembre). Sentencias en lenguaje claro. *La Ley*. [https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/IVONNE/POSTULANTES/ENTC-Reglamento Princ Publicidad y Comunicacion Jud.pdf](https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/IVONNE/POSTULANTES/ENTC-Reglamento_Princ_Publicidad_y_Comunicacion_Jud.pdf).

GRAIEWSKI, M. J. (2019). El lenguaje claro en el ámbito jurídico. *SAIJ*. <https://www.saij.gob.ar/monica-graiewski-lenguaje-claro-ambito-juridico-dacf190117-2019-05/123456789-0abc-defg7110-91fcanirtcod?q=%28id-infojus%3Adacf190117%29%20&o=0&f=-Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTribunal%257%20>

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

JUZGADO de 1ª INST. y 4ª NOM. en lo CIVIL, COMERCIAL Y de FAMILIA – VILLA MARÍA, *Sentencia Nro. 37 “P. M. F. - DEMANDA DE LIMITACION A LA CAPACIDAD”*, 12-05-2017.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHO HUMANOS DE LA NACIÓN (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Infojus. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf.

NAVA GOMAR, S. O. (2010). La sentencia como palabra e

instrumento de la comunicación. *Revista Justicia Electoral*, 1(6), 45-76. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4062157.pdf>.

PLAIN LANGUAGE ASSOCIATION INTERNATIONAL (s. f.). *¿Qué es el lenguaje claro?* <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*. <http://lenguajeclaroargentina.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*. <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. *Revista de Administración Pública*, (140). <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17313.pdf>

QUINTILIANO, M. F. (1799). *Instituciones Oratorias*. https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/fffb2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064_42.html#I_16_.

SÁNCHEZ, J. R. (1943). Quintiliano o el buen sentido. *Red de Información Educativa*. <https://redined.educacion.gob.es/xmlui/bitstream/handle/11162/69529/00820073000849.pdf>.

STAIANO, N. (2021). *El lenguaje claro como una garantía de una comunicación eficaz entre el Estado y la ciudadanía*. Buenos Aires: Instituto Nacional de la Administración Pública. <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*. (pp 59 – 76). Buenos Aires: La Ley.

El valor del silencio en relación a la aceptación de la herencia de Roma a la actualidad. Análisis de un fallo y de los cambios introducidos por el Código Civil y Comercial de la Nación³⁷¹

Por Mirta Beatriz Álvarez³⁷²

I. Introducción

En trabajos anteriores nos hemos referido a la regla ubicada en D. 50. 17. 142 atribuida a Paulo que expresa “*Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare*” y hemos desarrollado el

³⁷¹ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación que la autora dirige en UFLO Universidad, titulado “Una mirada romanista a las reglas y principios del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Primera parte”.

³⁷² Profesora Titular de Derecho Romano de las Facultades de Derecho de UFLO Universidad y de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora categorizada en el sistema nacional. Directora del Centro de Investigaciones Romanísticas de UFLO Universidad. Vicepresidenta de AIDROM. Socia fundadora y presidenta emérita de ADRA. ORCID: [0009-0000-1930-7879](https://orcid.org/0009-0000-1930-7879).

valor del silencio como regla del derecho en diversas hipótesis y su recepción en la legislación argentina.³⁷³

En esta oportunidad, abordaremos el tema con respecto a la aceptación de la herencia.

Para ello, haremos referencia al valor del silencio con relación a esta temática en el derecho romano, a la inversión de la presunción en el derecho justiniano, para luego analizar un fallo reciente de la justicia argentina que se resolvió de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil de Vélez.

Por último, nos referiremos a los cambios que introduce el Código Civil y Comercial de la Nación.

II. La aceptación de la herencia en Roma

Como enseña Nina Ponssa de la Vega de Miguens (1969),³⁷⁴ la apertura de la sucesión en el derecho romano implica el llamamiento a los herederos, quienes tienen la facultad de aceptarla o rechazarla. Este llamamiento significa que la herencia se encuentra delata o diferida.

Una vez abierta la sucesión es preciso, además contemplar la situación de los herederos, los que revisten distintas calidades. Pueden distinguirse tres clases: 1) El heredero necesario,

³⁷³ “D. 50. 17. 142: *Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen rerum est eum non negare*. El valor del silencio como regla de derecho. Diversas hipótesis. ¿El silencio reemplaza a la voluntad manifestada?” en RESINA SOLA, P. (Ed.) (2012). *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio* (pp. 239-246). Almería: Editorial Universidad de Almería.

³⁷⁴ PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, N. (1969). La aceptación de herencia con beneficio de inventario y en la reforma última al Código Civil Argentino. *Anales de la Universidad del Salvador*, (5), pp. 111-128. <https://racimo.usal.edu.ar/3776/>.

2) Los herederos suyos y necesarios y 3) Los herederos extraños y voluntarios.

II. 1. *Heredero necesario*

Un testador, cuando tenía dudas acerca de la solvencia de su patrimonio, solía instituir heredero a su esclavo propio, al cual le otorgaba al mismo tiempo la libertad en el testamento.

Hacía esta institución previendo que, si luego de su muerte no se podían pagar las deudas y los acreedores iniciaban su cobro por la *venditio bonorum*, la nota de infamia que acompañaba este procedimiento no recaería ya sobre su memoria, sino sobre el esclavo manumitido (Gayo, 2. 154; *Inst.*, 2. 19. 1).³⁷⁵

Es llamado “heredero necesario” (*necessarius heres*) porque inmediatamente después de la muerte del testador, aun contra su propia voluntad, es libre y heredero (Gayo, 2. 153; *Inst.*, 2. 19. 1).

Con sentido equitativo, el pretor le permite al “heredero necesario” la ventaja de conservar los bienes adquiridos por éste después de la muerte de su anterior dueño, ahora patrono. Siendo así, estos bienes no entran en el cómputo de la *venditio bonorum*, aun cuando no se alcance a pagar todas las deudas hereditarias (Gayo, 2. 155; *Inst.*, 2. 19.1).

Se trata de un caso de “separación de patrimonios”.

II. 2. *Herederos suyos y necesarios*

Son aquellos que se encuentran sometidos en forma inmediata a la potestad o a la *manus* del *de cuius* al momento de su fallecimiento.

³⁷⁵ DI PIETRO, A. (2014). *Derecho Privado Romano* (p. 555). Buenos Aires: Depalma.

Gayo los define en *Institutas* 2, 156: “Son herederos suyos y necesarios el hijo y la hija, el nieto y la nieta nacidos del hijo y así todos los otros que, de algún modo, han estado bajo la *potestas* del difunto”. Y en *Institutas* 3, 1 a 8, agrega a los hijos adoptivos, la mujer y la nuera *in manu* (esta última, cuando es viuda) y los póstumos, debiendo excluirse a los emancipados.

Se denominan necesarios porque lo quieran o no, se hacen herederos.

Los *sui heredes* adquieren su posición de sucesores en forma automática (*ipso iure*) con la muerte del *pater*. No interesa que sean incapaces de hecho (caso del *infans* o del impúber o del *furiosus*). Incluso son herederos aun cuando su voluntad sea contraria (Gayo, 2. 157).

Todo esto se corresponde con el carácter monolítico de la familia tradicional romana. En vida del *pater* eran potencialmente propietarios, y cuando se produce la muerte, esta propiedad se actualiza. Del mismo modo, debían responder de las obligaciones, puesto que ellas continúan en cabeza de los herederos (*ultra vires hereditatis*). El rigor de la *patria potestas*, así como el deber de la *pietas* tornan fundamentada esta posición mientras rigió la familia tradicional romana.

Para paliar este rigorismo intervino el pretor, quizá ya en el último siglo de la República, concediendo al *suus heres* la posibilidad de “abstenerse de la herencia”, lo cual tenía el efecto principal de liberarse de la responsabilidad por las deudas cuando éstas eran muchas y superaban el acervo hereditario (Gayo, 2. 158; *Inst.*, 2. 19. 2).³⁷⁶

Gayo (2. 160; 163) la denomina *potestas abstinendi*. También se la llamó *facultas abstinendi* (Gayo, D. 29. 2. 57 pr.) o *ius abstinendi* (Marciano, D. 28. 5. 86. 1). En cambio, la expresión *beneficium*

³⁷⁶ KASER, M, KUNTEL, R. y LOHSSE, S. (2022). *Derecho Privado Romano* (p. 684). Traducción de P. Lazo González, y F. Andrés Santos. Colección Derecho Privado. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

abstinendi, generalmente usada por los modernos, solo aparece una vez en las fuentes.

Esto significaba, por un lado, una consideración más benigna para el *sus*, pero, por el otro, un deterioro del *officium pietatis*, ya que, al abstenerse los herederos de la herencia, los acreedores iban a ejercer la *venditio bonorum* contra el ascendiente, que arrastraba la tacha de infamia sobre su memoria (Gayo, 2. 158).³⁷⁷

II. 3. *Herederos extraños y voluntarios*

Son extraños a la familia y adquieren la herencia si voluntariamente la aceptan. Los otros herederos no comprendidos en las clases anteriores son llamados “extraños”, por cuanto no estaban sometidos a la *potestas* del causante. También son denominados herederos “voluntarios”, porque no adquieren la herencia automáticamente (*ipso iure*), sino que de algún modo tienen que expresar su voluntad de aceptar ser herederos (Gayo, 2. 161; *Inst.*, 2. 19. 3). La aceptación de la herencia es denominada “adición de la herencia” (*aditio hereditatis*: de *ad-ire*, “ir hacia la herencia”).

En el derecho clásico había dos modos de adquirir la herencia para estos herederos: *pro herede gestio* o la *cretio*.

- *Pro herede gestio*. En general, la delación de la herencia (*delatio hereditatis*) era ofrecida al heredero extraño. Una vez que estaba en conocimiento de dicho ofrecimiento, desde los primeros tiempos, se consideraba que el heredero aceptaba la herencia si realizaba actos que implicaban el “actuar como heredero” (*gerere pro herede*; de ahí *pro herede gestio*). Así, por ejemplo, si manifestaba su simple e informal voluntad de adir la herencia,

³⁷⁷ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 556.

si solicitaba la *bonorum possessio* al pretor, o si se inmiscuía en los bienes hereditarios, ya sea vendiendo bienes del acervo hereditario, reclamando a los deudores hereditarios el pago de sus obligaciones, o si cultivaba los campos del acervo hereditario o los daba en arrendamiento (Gayo, 2. 163; 167; *Inst.*, 2. 19. 7; Ulp., 22. 25).

- La *cretio*. El heredero extraño no tiene un plazo para decidir si acepta la herencia, puede deliberar mientras viva (Gayo, 2. 167; Ulp., 22. 25; *Inst.*, 2. 19. 7). Lo único que tiene es un derecho a adquirirla, que en vida puede transmitir a otro por la *in iure cessio hereditatis* (Gayo, 2. 35; 3. 85). Pero si muere antes de haberse decidido, la herencia no pasa a los herederos, ya que la vocación hereditaria le pertenecía a él y era personal e intrasmisible a sus herederos (C. 6. 51. 1. 5, refiriéndose al derecho antiguo). Desde época republicana y para evitar los lógicos inconvenientes por la dilación, se acostumbró a que el testador le impusiera al instituido la obligación de que si quería ser heredero, debía aceptar en forma expresa la herencia dentro de un cierto plazo de deliberación (*spatium deliberandi*; Gayo, 2. 164; Ulp., 22. 27; 22. 25).³⁷⁸

Cuando en un testamento no existía la *cretio*, o cuando se trataba de herederos extraños ab intestato, intervenía el pretor permitiendo que los acreedores o los legatarios intimaran al heredero para que explicite si aceptará o no la herencia (*interrogatio an heres sit*). El heredero podía responder aceptándola, o de lo contrario la rechazaba, o pedía un plazo para deliberar (*spatium deliberandi*). El pretor no concedía menos de cien días (Ulp., D. 28. 8. 1; Paulo, D. íd. 2).

³⁷⁸ KASER, KUNTEL y LOHSSE, p. 685.

Si el heredero dejaba trascurrir el plazo de deliberación sin decidirse, los acreedores, a falta de otros herederos, a los cuales en segundo o ulterior grado les correspondiera la herencia y con los cuales se pudiera seguir el mismo procedimiento, ante el resultado final negativo o sin resultado, podían iniciar la *venditio bonorum* de la herencia (Marcelo, D. 28. 8. 10; Ulp., D. 29. 2. 69).³⁷⁹

Entre los requisitos de la aceptación de la herencia, podemos enumerar:

- 1) Debía ser un acto personal del heredero;
- 2) El aceptante debía tener la capacidad para heredar;
- 3) La aceptación debía ser por el total de cuotas asignadas;
- 4) Debía ser pura y simple;
- 5) Es irrevocable en principio. Mientras dure el *spatium deliberandi*, el heredero instituido puede aceptar la herencia o repudiarla. Pero, mientras esté vigente dicho plazo, si ha decidido no aceptar la herencia, puede sin embargo arrepentirse y cambiar de opinión, aceptándola. En cambio, si deja trascurrir el plazo de deliberación sin decidir nada o la ha repudiado sin arrepentirse antes de cumplido el plazo, queda excluido (Gayo, 2. 168; Ulp., 22. 30).
- 6) No se traslada a los herederos. Si el heredero extraño o voluntario fallece antes de producir la adición de la herencia, esta decisión no se trasmite a sus herederos (C. 6. 30. 7; C. 6. 51. 1. 5).

En resumen, si el instituido no se expide, queda excluido de la herencia. La renuncia o repudiación puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando hay una declaración explícita por parte del heredero y será tácita cuando deja transcurrir deliberadamente el lapso prescripto para manifestar su voluntad.³⁸⁰

³⁷⁹ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 559.

³⁸⁰ PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, *op. cit.*, pp. 111-128.

Justiniano promovió las siguientes reformas:³⁸¹

- Elimina toda mención de la *cretio*, se habla solamente de la “aceptación de la herencia” (*aditio hereditatis*), la cual se puede hacer ya por una manifestación expresa o por la *pro herede gestio* (Inst., 2. 19. 7).
- Establece la posibilidad de que todo heredero pueda aceptar la herencia con el “beneficio de inventario”, de tal modo que, en este caso, la responsabilidad por las deudas hereditarias solo es atendida hasta lo que alcancen los bienes de la herencia, excluyendo a los bienes propios del heredero (C. 6. 30. 22, año 531). Por ello dice que atendiendo a la posibilidad de dicho beneficio “ya no es necesario el auxilio de ninguna deliberación” (Inst., 2. 19. 6, *in fine*).
- Sin embargo, no suprime por ello el *spatium deliberandi*. Les da a elegir a los herederos: 1) hacer el inventario, por lo que ya estaban aceptando la herencia; o 2) registrarse por el anterior derecho, pidiendo un tiempo de deliberación. Para ello, tenían que petitionarlo ante el magistrado dentro de los nueve meses, o ante el emperador, dentro del año (C. 6. 30. 22. 13). Si dejaban pasar el plazo de deliberación sin decidirse, se entiende que la han aceptado, debiendo responder en forma amplia respecto de los acreedores (C. 6. 30. 22. 14).
- Justiniano, prácticamente derogando la regla anterior, de que el derecho de aceptación era intrasmisible, decidió que muerto el heredero sin haber aceptado o repudiado la herencia, podían ejercer este derecho los sucesores del fallecido, siempre que éste hubiese muerto antes de la expiración del año desde la declaración de la herencia (C. 6. 30. 19, año 529).

³⁸¹ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 561.

En el derecho justinianeo se invierte la presunción del derecho honorario y el silencio del heredero importa la aceptación de la herencia.³⁸²

En el desarrollo de la historia del derecho romano se ve cómo se van tomando medidas para mitigar la estricta responsabilidad *ultra vires hereditatis*, al punto de que en época de Justiniano se admitió que también los herederos necesarios pudieran hacer uso del beneficio de inventario.³⁸³

Lo que debemos destacar es que el silencio va tomando distintos valores en cada época. En el derecho pretoriano, al heredero que no acepta la herencia en el plazo de cien días se lo tendrá por renunciante y en la época de Justiniano, al que no se pronuncia sobre la herencia en el término de un año, se lo tendrá por aceptante.

III. El fallo³⁸⁴

Debemos hacer una advertencia previa con relación al derecho argentino, y es que no existe la categoría de herederos necesarios. Si bien se dice que los herederos forzosos lo son desde la muerte del causante, se requiere que éstos acepten la herencia.

Por medio del análisis del fallo, veremos el valor que tiene el silencio con relación a la aceptación de herencia en el Código Civil de Vélez (CC) y en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCC).

En el fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo

³⁸² PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, *op. cit.*

³⁸³ KASER, KNUTEL y LOHSSE, *op. cit.* p. 686.

³⁸⁴ Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D(CNCiv)(SalaD) Fecha: 08/02/2024. Partes: M. E. A. s/ sucesión ab intestato Publicado en: LA LEY 15/05/2024, 6, con nota de Esteban M. Gutiérrez Dalla Fontana; Cita: TR LALEY AR/JUR/2968/2024.

Civil, Sala D, el día 08/02/2024 se resuelve con criterio, certeza y justicia, la revocación de la sentencia de grado que había ordenado la ampliación de la declaratoria de herederos, solicitada por los hijos de un heredero que había guardado silencio durante más de veinte años desde la muerte de la causante.

Al proceso sucesorio, abierto como consecuencia del deceso de la Sra. E. A. M. concurrió solo su hija N. E. R., no haciendo lo propio su hijo J. A. R., a pesar de haber sido notificado el día 24/04/1998. Guardó silencio hasta su muerte, ocurrida el día 05/11/2018.

Luego de la muerte de J. A. R., se presentaron sus herederos (nie-tos de la causante) y pidieron que se ampliara la declaratoria de herederos de la Sra. E. A. M. a favor de su padre, lo que fue acogido por el juez de primera instancia.

Ante ello, la heredera declarada (tía de los requirentes) apeló la resolución ampliatoria de la declaratoria de herederos a favor de su hermano, la cual tuvo acogida favorable en la Alzada.

Sostuvo la recurrente que su hermano J. A. R. nunca aceptó la herencia de su madre, fallecida el día 07/02/1998, contrastando ello con su posición. Agregó que, tras abrirse la sucesión en cuestión, se notificó al coheredero de dicha circunstancia, pero nunca se presentó a derecho, a los fines de manifestar si aceptaba o no la herencia. Resaltó que el hecho de continuar habitando en el mismo domicilio en que lo hacían junto a su progenitora, no resulta suficiente como conducta idónea para ser considerado como “aceptante tácito”.

En cuanto a la primera queja de la apelante, en punto a la norma aplicable al caso, la Cámara sostuvo que acreditado que el fallecimiento de la causante E. A. M., ocurrió el día 07/02/1998, con anterioridad al 1° de agosto de 2015 —fecha en que entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación—, la cuestión debía dirimirse, coincidiendo con la recurrente, de conformidad con el Código Civil velezano (en adelante CC) y no por la nueva legislación del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCC).

La muerte de E. A. M. produjo la apertura del juicio sucesorio y la

transmisión de la herencia a las personas llamadas a recogerla, quedando así constituida con ese fallecimiento una situación jurídica de efectos instantáneos, que trae por consecuencia que los derechos de los herederos deban ser juzgados por la ley vigente en aquel momento.

En dicho marco legal aplicable, nos encontramos con el artículo 3313 del CC que disponía que “el derecho de elegir entre la aceptación y renuncia de la herencia se pierde por el transcurso de veinte años, desde que la sucesión se abrió”.

En el CC aplicable al caso fallado, esta situación de opción entre la aceptación y la renuncia estaba regulada por el artículo 3313, que establecía que los herederos contaban con el plazo de veinte años para ejercer el derecho de opción, el cual perdían si tal término transcurría. Como bien lo cita la resolución que se comenta, diversas posturas se tejieron alrededor por una pléyade de autores sobre la referida norma, destacando la Sala D aquella acorde con la nota al artículo que revela el pensamiento del Codificador.³⁸⁵

Allí, Vélez Sarsfield afirmó con claridad meridiana:

Por el hecho de la muerte del autor de la sucesión, el heredero entra en posesión de todos los derechos de aquel y tiene la elección de hacer esta posesión irrevocable por una aceptación; o despojarse de su derecho por una renuncia. Después de veinte años de silencio no tiene esta elección: queda en el *statu quo*, es decir heredero sin que en adelante le sea posible renunciar. Lo contrario sucede en el caso en que el heredero que se ha abstenido, se encuentre en presencia de otros herederos que han aceptado la sucesión. El silencio del heredero que se ha abstenido equivale a una renuncia por su parte y pierde la facultad de aceptar.

³⁸⁵ GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, E. (2024, 15 de mayo). Pérdida del derecho de opción. *La Ley*, 6.

Sostiene Maffía (1999)³⁸⁶ que la aceptación de la herencia es el acto entre vivos, unilateral, mediante el cual la persona llamada a la herencia manifiesta su decisión de convertirse en heredero y asumir los derechos y obligaciones inherentes a esa condición. Como ya se ha dicho, ajena a nuestra concepción sucesoria la categoría de herederos necesarios, no porque una persona sea llamada por la ley o por el testamento a la sucesión del causante se transforma, por ese solo hecho, en sucesor; es necesario, además, que se produzca su aceptación. Ésta, por tanto, cumple la función jurídica de perfeccionar el derecho en pendencia que confiere la vocación y, haciendo propia la herencia, convierte al sucesible en sucesor.³⁸⁷

La doctrina sucesoria ha desarrollado numerosas posturas con diversas consecuencias alrededor de la referida previsión legal.³⁸⁸ Entre las principales podemos encontrar: 1) la que sostiene que el vencimiento del plazo de veinte años hace que lo que se pierda sea el derecho a renunciar, con lo que el presunto heredero queda como aceptante; 2) la que considera que quien ha dejado transcurrir dicho

³⁸⁶ MAFFÍA, J. (1999). *Manual de Derecho Sucesorio* (p. 136). Tomo I. Buenos Aires: Depalma.

³⁸⁷ GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, *op. cit.*, sostiene: “Desde la muerte del causante, nace para los herederos el derecho de opción entre aceptar o repudiar la herencia deferida, ya que en nuestro derecho no hay herederos necesarios. Entonces el heredero desde la muerte del causante tiene en su cabeza la titularidad de este derecho, entre aceptar la herencia o renunciarla. También puede guardar silencio. La aceptación es el acto jurídico o material, de carácter individual por el cual el heredero confirma su calidad de tal, asumiendo irrevocablemente los derechos y obligaciones inherentes a su condición. El heredero lo es desde la muerte del causante y con la aceptación confirma y ratifica la condición de tal, transformándose en definitivo”.

³⁸⁸ BELLUSCIO, A. (1995). *El derecho de opción del llamado a la herencia*. Buenos Aires: La Ley, Tomo 1995-E, 879.

tiempo sin efectuar ningún acto de aceptación expresa o tácita de la herencia, es porque no tiene interés en ella, por lo tanto, debe ser tenido por renunciante y lo que pierde es el derecho de aceptar; y 3) la que interpreta que debe verificarse si quien guarda silencio está frente a otros herederos que han aceptado, situación en que se lo considerará renunciante. Este último es el criterio mayoritario aplicado en doctrina y jurisprudencia y sostenido por Vélez en la nota al artículo 3313, al señalar que “lo contrario sucede en el caso en que el heredero que se ha abstenido, se encuentre en presencia de otros herederos que han aceptado la sucesión. El silencio del heredero que se ha abstenido equivale a una renuncia por su parte y pierde la facultad de aceptar”.

Si bien la calidad de heredero se posee desde la misma muerte del causante de la sucesión, la aceptación o renuncia es un requisito necesario y a nadie se le puede imponer dicha calidad de heredero en contra de su voluntad (CNCIV, Sala G, 26/06/1989 “Di Fiori, María M.” TR LA LEY 2/20605). Es que el juez no puede de oficio suplir la voluntad de las partes, así, quien no ha ejercido el derecho de opción de aceptar o renunciar a la herencia, no debe ser incluido en la declaratoria de herederos.

Sostuvo la Cámara que el transcurso del plazo previsto en el artículo 3313 del CC produce una auténtica caducidad del derecho hereditario, ya que el llamado a suceder que ha guardado silencio por el plazo de veinte años, mientras otros hayan aceptado, pasará a ser un extraño a la sucesión. Caduca no solo el derecho de optar entre aceptar o repudiar la herencia, sino que como corolario de ese silencio pierde también la posibilidad de ser heredero.

Ahora bien, no resulta un hecho controvertido que desde la apertura del juicio sucesorio el día 19 de febrero de 1998, sus dos hijos, J. A. R. y N. E. R., continuaron habitando el inmueble relicto. Solo la apelante concurrió a hacer valer sus derechos como hija de la causante, conforme se desprende de fojas 7/8 de la causa física que se tuvo a la vista.

Asimismo, tampoco se ha cuestionado que el hermano de la apelante fue debidamente notificado el día 24 de abril de 1998 del inicio del sucesorio (conforme cédula obrante a fojas 12) y, frente a ello guardó silencio hasta su fallecimiento ocurrido con fecha 05/11/2018.

Recién a fojas web 695/698, los hijos de J. A. R. se presentaron a invocar sus derechos, luego de veinte años de la apertura de la causa.

Como es sabido, “la declaratoria de herederos debe dictarse en favor de los que se han presentado, prescindiendo de los que no han concurrido, sin perjuicio de que ésta podrá ser ampliada por el juez en cualquier estado del proceso a petición de parte legítima, si correspondiere”.³⁸⁹

Es que en materia sucesoria, no puede la justicia suplir de oficio la voluntad de las partes incluyendo en la declaratoria de herederos a personas que en ningún momento manifestaron de manera expresa o tácita ya sea por vía de comparecencia concreta al sucesorio (art. 3319, 2do párrafo CC) o por un acto jurídico que no podía ejecutar legalmente sino como propietario de la herencia (arts. 3319 *in fine* y 3320 del CC), su intención de ser reconocidos como tales.

En consecuencia, transcurrido el plazo de veinte años y habiendo una heredera aceptante —la apelante—, los herederos que no hubieren ejercido el derecho de opción pierden la posibilidad de hacerlo y quedan como renunciantes. Se trata de un plazo de naturaleza peculiar, afirmaba Borda (1975),³⁹⁰ pues no le son aplicables las reglas de la prescripción y que, por tanto, no se suspende ni interrumpe por los motivos de ésta, sino solamente por las causales

³⁸⁹ HIGHTON, E y AREÁN, B. (2010). *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (p. 536). Tomo 13. Buenos Aires: Hammurabi.

³⁹⁰ BORDA, G. (1975). *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones* (p. 164). Tomo I. Buenos Aires: Perrot.

del artículo 3315 del CC, las cuales no ocurrieron (*verbi gratia*: ignorancia de la muerte del causante o bien la renuncia del pariente a quien correspondía la sucesión).

Como indica Gutiérrez Dalla Fontana (2024),³⁹¹

como surge del relato de la resolución dictada, la causante falleció el 07/02/1998. En fecha 24/04/1998, el heredero J. A. R. fue notificado de la iniciación y guardó silencio, transcurriendo el plazo de ley. Mientras tanto, sí compareció su hermana N. E. R. y tramitó el proceso sucesorio. Es decir, de la conducta de J. A. R. se aprecia un evidente desinterés en la causa sucesoria de su madre. Con fecha 05/11/2018 ocurrió el fallecimiento de J. A. R. Habían transcurrido a esa fecha más de veinte años desde la apertura de la sucesión y, en consecuencia, no existía en su patrimonio el derecho de opción que le acordaba la ley, por haber transcurrido el plazo legal y haber otra heredera aceptante. Nótese que su derecho de opción cesó el día 07/02/2018. Por lo tanto, nunca pudo transmitir a sus herederos ese derecho, que ya no existía en su patrimonio (conf. art. 3316 del CC). (...) En definitiva, como vimos, respecto del Sr. J. A. R. prescribió su derecho de opción en la fecha indicada, es decir al cumplirse el plazo de veinte años desde la apertura de la sucesión de su madre y haber otra heredera aceptante, sin que pudiera ser transmitido a sus herederos, por no formar parte del haber hereditario. Ergo, quedó como un extraño a la sucesión de su madre, de lo que se colige que la ampliación de la declaratoria de herederos peticionada por sus hijos, se encuentra perfectamente revocada por la decisión coherente y ajustada a derecho de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

³⁹¹ GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, *op. cit.*

IV. El Código Civil y Comercial de la Nación

Analizaremos la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación con relación al silencio y su valor con respecto a la aceptación de herencia.

El artículo 2288 dispone: “Caducidad del derecho de opción. El derecho de aceptar la herencia caduca a los diez años de la apertura de la sucesión. El heredero que no la haya aceptado en ese plazo es tenido por renunciante”. Como sostienen Herrera, Caramelo y Picasso (2015),³⁹² viene a solucionar los problemas de interpretación del artículo 3313 del CC.

Pero el silencio tiene otro valor en el artículo 2289 del CCC, en el caso de que el heredero haya sido intimado. Dice: “Artículo 2289. Intimación a aceptar o renunciar. Cualquier interesado puede solicitar judicialmente que el heredero sea intimado a aceptar o renunciar la herencia en un plazo no menor de un mes ni mayor de tres meses, renovable una sola vez por justa causa. Transcurrido el plazo sin haber respondido la intimación, se lo tiene por aceptante (...)”.

Existe una contradicción entre lo dispuesto por el artículo 2288 y el 2289. El mismo silencio del heredero tiene diferente valor si es intimado a aceptar o renunciar que si no lo es.

A esta contradicción apunta Rivera (2015):³⁹³

(...) debemos destacar la contradicción en el sentido que se le da al silencio en el caso de la señalada intimación en los términos del artículo 2289 en el cual es reputado como aceptante, y la conferida al silencio en el contexto

³⁹² HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial Comentado* (p. 21). Tomo VI. Buenos Aires: Infojus.

³⁹³ RIVERA, J. C. y MEDINA, G. (Dirs.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (p. 53). Tomo VI. Buenos Aires: La Ley. Es el único autor de los diversos Códigos Comentados consultados que pone de relieve esta contradicción.

del artículo 2288. Si a los 9 años y once meses de la muerte, se intima al descendiente para que en el plazo de un mes ejerza su derecho de opción y éste guarda silencio, la ley lo va a considerar aceptante, mientras que si dicha intimación se realiza a los 9 años, once meses y un día, el mismo silencio lo tendrá por renunciante por aplicación del plazo del artículo 2288.

V. Conclusiones

En anteriores trabajos hemos manifestado que, tal como surge del fragmento D. 50, 17, 142, “el que calla, ciertamente no confiesa; pero, sin embargo, es verdad que no niega”.³⁹⁴ Es una regla general con respecto al silencio en el derecho romano que establece que, en principio, éste carece de valor como manifestación de la voluntad.

Se trata de una regla que está contenida en la compilación justiniana y es un fragmento que corresponde al jurista Paulo.

Esta regla que parece tan clara y categórica es, en definitiva, un tema de interpretación de la voluntad³⁹⁵ (*quaestio voluntatis*). El silencio como comportamiento omisivo puede valer en ciertos casos y en función de las circunstancias como manifestación de voluntad. En otros casos, la ley le otorga expresamente el valor de un consentimiento.

Así, de lo establecido por el artículo 919 del CC y que actualmente recepta el artículo 236 del CCC, la obligación de explicarse porque lo establece la ley, vamos a ver que al silencio se le va a dar diferente significado con relación a la aceptación de la herencia. Si no se produce en forma expresa la aceptación dentro del plazo de diez años,

³⁹⁴ El fragmento corresponde a Paulo en su obra *Comentarios al Edicto. Libro LVI* y se encuentra sin alteraciones en la *Palingenesia* (volumen I), en el N° 692, p. 1073.

³⁹⁵ TORRENT RUIZ, A. (2005). *Diccionario de Derecho Romano* (p. 1206). Madrid: Edisofer.

el silencio va a tener un significado de rechazo. Vale decir que, en la actualidad, con el CCC en su artículo 2288 se recepta con un plazo mayor lo dispuesto en el derecho honorario en cuanto al silencio.

Pero, en cambio, si se intima al heredero a aceptar o rechazar la herencia en un plazo no menor de treinta días, su silencio tiene valor de aceptación (artículo 2289 del CCC). Aquí vemos receptado, con menor plazo, la posición del derecho justinianeo.

De *lege ferenda*, sería deseable que en una reforma se le diera al silencio del heredero el mismo valor en los casos que contemplan los artículos 2288 y 2289 del CCC.

VI. Referencias bibliográficas

Libros

BORDA, G. (1975). *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*. Tomo I. Buenos Aires: Perrot.

DI PIETRO, A. (2014). *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires: Depalma.

HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial Comentado*. Tomo VI. Buenos Aires: Infojus.

KASER, M., KNUTEL, R. y LOHSSE, S. (2022). *Derecho Privado Romano*. Traducción de P. Lazo González y F. Andrés Santos. Colección Derecho Privado. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

MAFFÍA, J. (1999). *Manual de Derecho Sucesorio*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma.

RIVERA, J. C. y MEDINA, G. (Dirs.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo VI. Buenos Aires: La Ley.

TORRENT RUIZ, A. (2005). *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Edisofer.

Artículos

BELLUSCIO, A. (1995). El derecho de opción del llamado a la herencia. *La Ley*, Tomo 1995-E.

GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, E. (2024, 15 de mayo). Pérdida del derecho de opción. *La Ley*, 6. Cita Online: AR/DOC/1153/2024.

PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, N. (1969). La aceptación de herencia con beneficio de inventario y en la reforma última al Código Civil Argentino. *Anales de la Universidad del Salvador*, (5). <https://racimo.usal.edu.ar/3776/>.

Fallo

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D(C-NCiv)(SalaD) Fecha: 08/02/2024. Partes: M. E. A. s/ sucesión ab intestato Publicado en: LA LEY 15/05/2024, 6, con nota de Esteban M. Gutiérrez Dalla Fontana. Cita: TR LALEY AR/JUR/2968/2024.

La protección de la confianza

Por Laura Bierzychudek³⁹⁶

Resumen

En el marco del proyecto de investigación “Una mirada romanista a las reglas y principios del Código Civil y Comercial de la Nación. Primera parte” de la Facultad de Derecho de UFLO Universidad, surge la motivación de analizar las raíces romanísticas de la protección de la confianza, que, recientemente, fue considerada como una de las principales directrices en el derecho nacional a los fines de resolver conflictos relativos a la imputación de responsabilidad en el complejo entramado tecnológico y la red de relaciones contractuales que sustentan el funcionamiento de las plataformas digitales.

En Roma, los ediles curules establecieron reglas para poner coto a las falacias de los vendedores y amparar a los compradores (Ulp. D.

³⁹⁶ Abogada (egresada con Diploma de Honor, UBA). Magister en Sistema Jurídico Romano y Derecho de la Unificación (Università di Tor Vergata, Italia). Ayudante de segunda en Derecho Romano (Cátedra: M. Álvarez, Facultad de Derecho, UBA). Socia en Estudio Trevisán Abogados (Buenos Aires). Investigadora externa en proyecto de investigación “Una mirada romanista a las reglas y principios del Código Civil y Comercial de la Nación. Primera Parte” (2023-2025) radicado en UFLO Universidad.

21. 1. 1. 2). Así, se estableció la regla de que el vendedor debía declarar con total lealtad y buena fe las enfermedades crónicas (*morbi*) y los vicios (*vitia*) de los esclavos como de los animales.

Por esto, surge de manera manifiesta la importancia de la protección de la confianza en las relaciones comerciales, la cual emerge, a su vez, del principio de buena fe, que rige como principio integrativo en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos (artículos 9 y 961 del Código Civil y Comercial de la Nación). Al mismo tiempo, la idea de la buena fe sirve también como motivo inspirador para la intervención de la autoridad en la regulación y/o ejecución de las normas en las interacciones entre individuos que no se encuentran adecuadamente tuteladas, con el propósito de preservar la lealtad y la protección de la confianza, entre otros aspectos.

Estos principios y valores objetivos se encuentran arraigados en nuestra tradición jurídica, a través de la doctrina y la resolución de los casos, desde una vocación universalista, y hoy, además, son principios codificados en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación.

La ubicación del artículo 1067 —que refiere, expresamente, a la protección de la confianza— dentro del capítulo de interpretación para contratos en general del Código unificado refuerza la cohesión del sistema y confirma la concepción humanista del derecho como “*ars boni et aequi*”.³⁹⁷

I. El estado actual

El artículo 1067 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina establece: “La interpretación debe proteger la confianza

³⁹⁷ GALLO, F. (2015). *Celso y Kelsen. Para la refundación de la ciencia jurídica* (p. 12-13). Buenos Aires: Eudeba.

y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”.

En el año 2024, la comisión N° 4 sobre derecho del consumo de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil concluyó, entre otros aspectos:

El complejo entramado tecnológico y la red de relaciones contractuales que sustentan el funcionamiento de las plataformas digitales las convierten en sistemas expertos fiables; por ende, el principio de confianza –de profunda raigambre en el sistema protectorio del consumidor para tutelar sus legítimas y objetivas expectativas (arts. 7, 8, 40 Ley 24.240, arts. 1103 y 1067 CCCN)–, constituye en el derecho nacional una de las principales directrices a los fines de resolver conflictos relativos a la imputación de responsabilidad. (...) El deber de informar comprende, entre otros aspectos, la comunicación en forma clara, destacada, accesible y completa a los consumidores del real y efectivo rol de la plataforma en la operación económica. (...) Pese a la ausencia de reglas específicas que regulen la responsabilidad civil de las plataformas, nuestro sistema de derecho del consumidor permite, a través del diálogo de fuentes, construir respuestas jurídicas que den solución a los conflictos que se generen por su uso.³⁹⁸

II. La confrontación. ¿Qué fragmentos del *Corpus Iuris Civilis* podrían ser citados para echar luz sobre la protección de la confianza?

Para responder a la pregunta sobre qué fragmentos del *Corpus*

³⁹⁸ Las conclusiones se encuentran disponibles en: <https://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2024/10/Comision-4.pdf?x19809&x19809>

Iuris Civilis podrían ser citados para echar luz sobre la protección de la confianza en nuestra tradición jurídica latina, entiendo que corresponde citar, al menos, dos textos, a saber: Ulpiano D. 1, 7, 25, que da cuenta de la teoría de los actos propios por primera vez, y el libro 21 del Digesto, el cual refiere al Edicto de los Ediles para la regulación de la venta de esclavos y animales en los mercados.

En primer lugar, el fragmento de Ulpiano dispone: “Después de la muerte de su hija, que cual madre de familia había vivido como emancipada en derecho, y falleció con herederos instituidos en su testamento, se prohíbe que el padre promueva controversia contra su propio hecho, como si no la hubiese emancipado según derecho, ni en presencia de testigos”.³⁹⁹

En este texto conservado en el Digesto (1. 7. 25 pr), Ulpiano se enfrenta al problema de un padre que había emancipado a su hija en presencia de testigos y que, luego de muerta ésta, quiere dejar sin efecto la emancipación. Ulpiano declara que esto no procede. Determina al respecto que, después de la muerte de su hija, quien había vivido como madre de familia válidamente emancipada y falleció dejando herederos instituidos en su testamento, se prohíbe al padre que inicie una acción tendiente a obtener un pronunciamiento contrario a su propio acto, como si el mismo padre no la hubiese emancipado.

Hernán Corral Talciani (2010)⁴⁰⁰ explica que el problema se suscitó porque el padre de la mujer pretendió invocar, luego de su fallecimiento, la nulidad de la emancipación con el propósito de dejar sin efecto el testamento y beneficiarse con la inexistencia de la emancipación consentida. Con tal propósito, el padre sostuvo

³⁹⁹ JUSTINIANO (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Traducción de Ildefonso García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas.

⁴⁰⁰ CORRAL TALCIANI, H. (2010). La raíz histórica del *adagio venire contra factum proprium non valet*. *Cuadernos de Extensión Jurídica*, (18), p. 20.

que, a pesar de la presencia de testigos, la emancipación no había cumplido con las solemnidades prescritas y era, por tanto, inválida. De esa forma, el padre pretendió argüir que, no habiendo sido emancipada la mujer seguía bajo su patria potestad y, por tanto, el testamento otorgado por ella era ineficaz. Ulpiano descalifica la pretensión del padre y, en consecuencia, resuelve que el padre no puede ir contra su propia actuación, por la cual había consentido en tener a su hija como emancipada. Se advierte que el fundamento de la opinión de Ulpiano se halla en la contradicción que se revela entre el primer actuar del padre y su segunda conducta.

En cuanto al segundo texto, el libro 21 del Digesto recopila el Edicto de los Ediles para la regulación de la venta de esclavos y animales en los mercados. En efecto, los ediles curules establecieron reglas para poner coto a las falacias de los vendedores y amparar a los compradores (Ulp. D. 21. 1. 1. 2). Así, se estableció la regla de que el vendedor debía declarar con total lealtad y buena fe los vicios y las enfermedades crónicas de los esclavos y los animales. En efecto, uno de los fragmentos conservados en el Digesto recuerda lo siguiente:

Dicen los ediles: los vendedores de esclavos hagan saber a los compradores la enfermedad o vicio de cada esclavo, cuál de ellos tiene hábito de fuga, es vagabundo o se halla bajo la responsabilidad noxal por un delito que cometió. Todas estas cosas serán declaradas clara y verazmente al vender los esclavos, y si se hubiese vendido un esclavo sin observar esto, o en contradicción con lo declarado o prometido al venderlo, de manera que se reclame responsabilidad por ello, daremos acción al comprador o a quienes pertenezca la cosa, para deshacer la venta mediante restitución del esclavo (D. 21, 1, 1).

Obsérvese que aquí se usan estas expresiones: “(...) los que venden (...) hagan sabedores a los compradores de (...)”; “(...) expresen todas estas cosas claramente y con verdad (...)”. Más adelante, también

se dice: “(...) que el vendedor prevenga respecto a enfermedad y vicio (...)” y también “Digan claramente y con verdad (...)”.

Ante el incumplimiento de este deber, los ediles protegían al comprador otorgándole la *actio redhibitoria*⁴⁰¹ o la *quanti minoris*. En efecto, dicen los Ediles que daremos acción al comprador, y a todos a quienes corresponda el negocio.

Seguidamente, los ediles expresan el motivo del edicto:

La causa es poner coto a las falacias de los vendedores, y amparar a los compradores, cualesquiera que hubieren sido engañados por los vendedores; pero sepamos que el vendedor, aunque haya ignorado lo que mandan los ediles que se haga, debe no obstante quedar obligado. Y esto no es injusto, porque pudo saberlo el vendedor; y porque nada importa al comprador por qué sea engañado, si por ignorancia, o por astucia del vendedor (Ulp. D. 21.1.1.2); (...) solamente se ha de atender a esto, que no sea engañado el comprador (...) (Ulp. D. 21.1.1.6).

Más adelante, vuelven sobre esta idea: la mirada estaría puesta en el engaño: “(...) con esto pone coto el edicto a las falacias de los vendedores; porque de todos modos procuran los ediles que los compradores no sean engañados por los vendedores (...)”.

Los ediles definen la enfermedad, pero me interesa tal definición en cuanto dice: “(...) el cual hace su uso menos apto para aquello para lo que la naturaleza nos dio la sanidad de aquel cuerpo (...)”; “Por consiguiente, si hubiere habido algún vicio o enfermedad tal, que impida el uso y el servicio del hombre, dará lugar a la redhibición, con tal que hayamos tenido presente que cualquier cosa

⁴⁰¹ ULPIANO, D. 21, 1, 23, 1: “Mandan los Ediles que se restituya, así lo que fue accesorio a la venta, como también si algunas acciones él mismo hubiere entregado, de suerte que, disuelta la compra, no reciban uno y otro nada más que lo que no tendría, si no se hubiese hecho la venta”.

sumamente leve no hace ciertamente que sea considerado enfermo o defectuoso (...). Más adelante, también se dice: “Pero importó al comprador haberlo poseído sano por razón de su trabajo (...)”.

Entonces, con relación al comprador, se advierte que la tutela se limita a las enfermedades o vicios que algún comprador ignoró o pudo ignorar (no los manifiestos); y, que “(...) todo esto se reclame moderadamente según bondad y equidad”.

III. El razonamiento jurídico que precede la protección de la confianza

III. 1. El principio de la buena fe

Giuseppe Grosso (1965) exprime el concepto de buena fe desde su fuerza vinculante entre romanos y peregrinos y, al mismo tiempo, para con el magistrado romano que la considera como fuente de creatividad.

En efecto, dice, la *fides* era un antiguo concepto romano y los negocios fiduciarios eran además ampliamente difundidos en Roma. Un ejemplo de ello era la entrega *fiducia causa*, realizada en las formas solemnes civiles (*mancipatio* e *in iure cessio*), en la cual la falta de restitución implicaba una *fraudatio* a la *fides*. Así, la obligación, inicialmente fiduciaria, fue luego sancionada, equiparándose a los *bonae fidei iudicia*. Asimismo, sobre tal instituto se estableció otra acción: la *actio tutelae*. Existían, de esta manera, varias determinaciones e interferencias. La *fides bona*, dice Grosso, se presenta como una directa traducción jurídica de la realidad social. El comercio internacional fue el propulsor de la extensión de tal complejo jurídico.⁴⁰² Señala

⁴⁰² GROSSO, G. (1965). *Lezioni di Storia del Diritto Romano* (p. 271 y ss.). Torino: G. Giappichelli.

este autor: “*Con riferimento ai principi é necessario fare anzitutto riferimento alla buona fede e di conseguenza alla correttezza, in quanto l’una e l’altra sono oggettivamente ispirate alla promozione della fiducia e della lealtà nelle relazioni finalizzate a consumo*”.⁴⁰³

En efecto, la buena fe se adentra en la sustancia de las relaciones y otorga efectos a los comportamientos de las partes.

Dentro del principio de buena fe se dijo, además, que se encuentran protegidos valores como la honestidad, la transparencia, la solidaridad, la protección del débil, la coherencia, la lealtad y la tutela de la confianza, entre muchos otros.⁴⁰⁴

Como hemos podido ver a través de los fragmentos citados, podríamos sostener que estos valores se encuentran arraigados en nuestra tradición jurídica y que revelan una postura ética,⁴⁰⁵ una elección sobre una concepción humanista del derecho, entendido como *ars boni et aequi*, siguiendo la definición de Celso.

En nuestro código, el principio de buena fe rige como principio integrativo en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos (artículos 9 y 961 del CCCN), e incluso se observa que se ha producido un pasaje del principio general de buena fe a regla codificada expresamente en tutela de los intereses de los consumidores.⁴⁰⁶

⁴⁰³ LANNI, S. (2005). *America Latina e tutela del consumatore. Le prospettive del Mercosur tra problemi e tecniche di unificazione del diritto* (p. 250). Milán: Giuffrè Editore.

⁴⁰⁴ NEME VILLARREAL, M. (2019). La buena fe como eje del proceso de integración e interpretación del contrato en el Código de Bello: consonancia con la función social del contrato y con la tutela de los derechos fundamentales. En F. Navia Arroyo y C. Chinchilla Imbett (Eds.). *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello. Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea* (pp. 234-293). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

⁴⁰⁵ NEME VILLARREAL, M. (2009). Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. *Revista de Derecho Privado*, 17, pp. 45–76.

⁴⁰⁶ LANNI, *op. cit.*, p. 260.

III. 2. El deber de hablar claro (esto es, la expectativa en la finalidad de un contrato y que las partes cumplirán sus prestaciones de manera adecuada a tal finalidad)

Ello se vincula también con 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: “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”.

La buena fe debe funcionar también como motivo inspirador para la tutela de relaciones o grupos no adecuadamente protegidos.⁴⁰⁷

En Roma, los ediles curules⁴⁰⁸ eran magistrados ordinarios de la *res publica* romana, sin *imperium*, pero que gozaban de la *potestas* con poderes de coerción y represión. Tenían a su cargo las siguientes funciones administrativas: 1) la *cura urbis* (el cuidado de la ciudad);

⁴⁰⁷ “La buona fede come intesa dai legislatori nazionali rappresenta un principio che vincola formalmente il proveedor ma implica essenzialmente un impegno corrispondente da parte dello Stato, poichè se è vero che costringe il primo all’osservanza di alcuni standards per la circolazione e la promozione dell’usso e del consumo dei prodotti e di servizi (...), è altrettanto vero che spetta allo Stato sia assicurare una pluralità di strumenti nell’informazione al consumatore, al fine di proteggere quella fiducia che è ragionevolmente suscitata nello stesso in ragione della qualificazione di chi pone in essere il comportamento informativo, sia garantire la difesa in giudizio del consumatore contro le diverse scorrettezze a cui non di rado dà luogo la logica del mercato” (LANNI, *op. cit.*, p. 251).

⁴⁰⁸ LÓPEZ RENDO-RODRÍGUEZ, M. C. y AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M. J. Algunas consideraciones sobre las ferias y los mercados en Derecho Romano y su recepción en Derecho Español. *RIDROM. Revista Internacional De Derecho Romano*, 1(17), pp. 145–208.

2) la *cura annonae*, es decir, el suministro del abastecimiento de la ciudad, estableciendo el control de precios y medidas, ordenando el funcionamiento de los mercados, como lo fue el Foro Boario, para el comercio de animales, entre otros; y 3) la *cura ludorum*, que consistía en organizar fiestas y juegos públicos.

Como los pretores, los ediles también gozaban del *ius edicendi* para fijar y publicar edictos, con las reglas para dirimir los conflictos o para determinar las responsabilidades. Además, tenían la competencia para otorgar acciones edilicias para amparar situaciones jurídicas que estaban bajo su protección, como eran las derivadas de la compraventa de esclavos o animales en los mercados, tal como se observa en el libro 21 del Digesto que conserva sus edictos.

Obsérvese que se exige el deber de hablar claro para evitar el engaño. No aparece en forma expresa la referencia a la correspondencia con conductas previas, pero sí a que las partes deberían cumplir sus prestaciones de manera adecuada para la finalidad del contrato, lo que lleva a pensar en la expectativa del comprador de obtener algo para determinado uso y una cierta confianza en que ello suceda.

Expresamente se dice que no importa qué precauciones toma el comprador. Aquello que se protege es que no sea engañado.

La tutela es propia de los ediles. La acción que se otorga aquí es la *actio redhibitoria*. Se restituye la cosa, contra entrega del precio, disolviéndose la compraventa. En otras ocasiones, podía otorgarse una *actio aestimatoria* o *quanti minoris*, donde no se disolvía la compraventa, pero se reclamaba una reducción del precio.

III. 3. La teoría de la apariencia

El fragmento de Ulpiano (D. 1, 7, 25) da cuenta de que la institución de los actos propios proviene del derecho romano, pero con la aclaración de que no fueron los romanos los que la enunciaron como una regla jurídica de aplicación general.

Desde la doctrina se ha debatido sobre la buena fe objetiva y buena fe subjetiva.⁴⁰⁹ En cuanto a lo que aquí concierne, se ha dicho que cuando hablamos de respetar la confianza generada en la contraparte resulta evidente que la confianza es consecuencia de un deber objetivo, el deber de coherencia, que se traduce en deber de preservar la confianza suscitada con las propias actuaciones u omisiones. La buena fe objetiva se manifiesta algunas veces de manera activa, como cuando impone deberes a las partes (por ejemplo, el deber de hablar claro), y otras de manera pasiva, en cuanto tutela la confianza adquirida por una de las partes en que la contraparte ajustará su conducta para la finalidad del contrato, para la coherencia, para las reglas emanadas de la buena fe. Esta buena fe objetiva pasiva está presente en todas las relaciones de la vida social como presupuesto básico del sistema.

Afirma Neme Villarreal (2019): “La exigencia jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza”.⁴¹⁰

⁴⁰⁹ NEME VILLARREAL, Buena fe subjetiva..., *op. cit.*

⁴¹⁰ “(...) No está de más recordar que una de las consecuencias del deber de obrar y de ejercer los derechos de buena fe, es la exigencia de un comportamiento coherente, el cual significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada en un determinado comportamiento futuro, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no la debe defraudar y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella. La exigencia jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza.” DIÁZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (1963). *La doctrina de los propios actos* (p. 142). Barcelona: Bosch, citado en las sentencias de esta Sala, causas 7787/93 del 30-12-93 y 6733/91 del 29-12-94, votos del Dr. Pérez Delgado, y resoluciones 6733/91 del 10-2-98, 927/98 del 26-5-98 y 1010/92 del 9-6-98; Corte Suprema, doct. Fallos 312:1725 y “Estructuras Tafi SACI y otro c. Tucumán, Pcia. de y otros. daños y

IV. La pervivencia

IV. 1. Codificación del principio de confianza

Como se mencionaba al inicio, nuestro Código Civil y Comercial incorporó expresamente el Principio de Confianza en el artículo 1067, dentro del capítulo de interpretación para contratos en general.

Hasta lo que se ha podido ver, este tratamiento no aparece en otros códigos de la región, los cuales por el momento refieren a la confianza o el abuso de confianza en relaciones específicas. Sí aparece el principio de buena fe codificado como deber de comportamiento.

En este sentido, se ha dicho que las disposiciones que como en el Código de Bello establecen que “por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”, aluden a la mutua confianza que se han entregado las partes y la tutela respecto de interpretaciones que exceden el querer de éstas.⁴¹¹

IV. 2. Aplicación del principio de confianza en la jurisprudencia

Solamente para hacer un brevísimo repaso de la jurisprudencia actual, se citan algunos sumarios a continuación.

perjuicios”, E.129.XXIV, del 8- 9-98). “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ EDESUR SA s/ responsabilidad por daños”, Sentencia de fecha 16 de Marzo de 2000, Nro. Interno: 539/99, CAMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, Sala 01, Magistrados: DE LAS CARRERAS – FARREL, Id SAIJ: FA00030001.

⁴¹¹ NEME VILLARREAL, La buena fe..., *op. cit.*

Referido a gastos de tarjeta, se ha dicho: “El principio de confianza deriva del principio de buena fe, exige a través de hechos concretos que generen en el sujeto activo esa expectativa de comportamiento. Tiende a preservar la confianza que las partes se han depositado entre sí al celebrar el contrato, y la lealtad que en el cumplimiento de sus obligaciones deben observar”; “Rige entonces la disposición del artículo 1725 del CCyC que establece que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F(CNCom) (SalaF), Fecha: 02/10/2024, Partes: DANESI, ALDO NAZARENO c. PRISMA MEDIOS DE PAGO S.A. Y OTRO s/ ORDINARIO, Cita: TR LALEY AR/JUR/145850/2024).

Con relación a un caso de seña de un bien inmueble, la Cámara de Apelaciones sostuvo: “La exigencia de la razonabilidad implica que la creencia del tercero de que actuaba con el representante de otro haya surgido de las circunstancias del acto naturalmente... es decir, se reconoce a la apariencia suficiencia para originar representación...debe lograrse la coordinación armónica y equilibrada del principio, con otros principios concurrentes: la seguridad jurídica, la confianza creada en el tráfico, la protección de terceros...”; “El principio de confianza enunciado complementa el de buena fe ya señalado. Se encuentra expresamente legislado recogiendo la teoría de los actos propios acuñada por la Corte de Justicia de la Nación la Corte Federal que explicaba: ‘nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz’ (CSJN “Bidone, Guillermo J. v. Estado Nacional -Ministerio de Defensa Nacional- s/cobro de australes”, Fecha 19/08/93, Lexis N° 04_316, V2, T° 077)”; “Es una barrera opuesta a la pretensión judicial que las partes no pueden contradecir en juicio sus propios actos

anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, como asimismo que se vuelven inadmisibles las pretensiones que ponen a la parte en contradicción con sus comportamientos anteriores jurídicamente relevantes. (Cámara 3a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza (C3a-CivComMinasPazyTribMendoza), Fecha: 02/09/2024, Partes: LOPEZ LUCIA INES c. PEREZ PALACIOS ISABEL DEL CARMEN s/CUMPLIMIENTO DE CONTRATO, Cita: TR LALEY AR/JUR/122661/2024).

En similar línea, en materia de seguros, el Tribunal determinó: “En ese marco, cuadra señalar que la doctrina de la apariencia es una de las principales derivaciones del principio general de la buena fe (López Miró, Horacio G., “Obligación sanatorial de responder ante el paciente dañado, por aplicación de la doctrina de la apariencia”, DJ 2005-3, 455)”;

“La idea es simple: la protección de la confianza suscitada y la seguridad de los negocios exigen que quien contribuye con su actuación a crear una determinada situación de hecho cuya apariencia resulte verosímil, debe cargar con las consecuencias (Trigo Represas, Félix - López Mesa, Marcelo, Tratado de la responsabilidad civil, 2ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, Cap. 2.)”;

“Más allá de disquisiciones teóricas, resulta útil expresar que en el mundo del derecho vivo hay situaciones envueltas en el velo de la apariencia que necesitan ser defendidas, pues en ellas está la confianza en el tráfico jurídico del ciudadano común, de ese tercero de absoluta buena fe que despliega en el comercio diario una honesta diligencia (Hirsch, León, “Introducción a la teoría general de la apariencia jurídica”, Revista del Notariado 850, 177).” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H(CNCiv) (SalaH); Fecha: 01/07/2024; Partes: P. C. G. Y OTROS c. LEIVA JAVIER SEBASTIAN Y OTRO s/DAÑOS Y PERJUICIOS (ACC.TRAN. C/LES. O MUERTE); Cita: TR LALEY AR/JUR/88225/2024).

En un caso de automotores, se concluyó: “Siguiendo a Heredia, uno de los principios fundamentales del derecho del consumo es el

de confianza en la apariencia desplegada. Se ha destacado que este principio se elabora a partir de las consecuencias que genera para el proveedor profesional la apariencia por él creada, objetivamente, en función de su actuación. Quien genera esa apariencia, despierta confianza en el consumidor y ese principio de confianza permite inferir importantes consecuencias jurídicas que alcanzan y comprometen a aquel. El modelo normativo de la economía de mercado ha provocado una reformulación de los principios tradicionales, especialmente en la materia mercantil y su relación con el consumo, y a ello, lógicamente, no fue ajena la doctrina de la apariencia, cuyos alcances han sido ampliados para así responder a las razones de justicia que reclama un mercado en el que el consumidor es eje central”. (Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 56553)) DIGITAL_COMPULSA_BADUI FEDERICO c. AUTOMOVILES DEL PILAR S.A Y HONDA MOTOR ARGENTINA S.A s/PROCESO DE CONSUMO • 15/10/2024, Cita: TR LALEY AR/JUR/152097/2024).

En un proceso iniciado contra un banco, el Tribunal dijo: “Considero que la conducta de la usuaria no pudo ser imprevisible para la proveedora, teniendo en cuenta los datos de la realidad de los que he hecho mérito y su profesionalidad en el rubro. Valoro, además, que los sucesos lesivos tampoco pueden ser considerados ajenos al propio riesgo de empresa ni pueden, por último, ser ponderados al margen de las pautas que marcan el principio de confianza y la regla de la buena fe”. Cito en este punto, porque lo estimo pertinente, la opinión que pone en relieve que existe “una apariencia de confiabilidad y de seriedad que obra como pilar del sistema- con el que, por cierto, lucran los proveedores- que indica que, su vulneración, no puede sin más hacerse pesar sobre la parte débil de la contratación” (WEINGARTEN, Celia, El principio de confianza en el código civil y comercial, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 283 y ss). (Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, DIGITALROUSSELLE LUCIANA

c. BANCO GALICIA Y BUENOS AIRES S.A.U. Y MERCADO LIBRE s/PROCESO DE CONSUMO • 12/09/2024, Cita: TR LALEY AR/JUR/130357/2024).

V. Conclusiones

Por todo lo expuesto, es mi opinión que surge de manera manifiesta la importancia de la protección de la confianza en las relaciones comerciales, la cual emerge, a su vez, del principio de buena fe, que rige como principio integrativo en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos (artículos 9 y 961 del CCCN).

Al mismo tiempo, la idea de la buena fe sirve también como motivo inspirador para la intervención de la autoridad en la regulación y/o ejecución de las normas en las interacciones entre individuos que no se encuentran adecuadamente tuteladas, con el propósito de preservar la lealtad y la protección de la confianza, entre otros aspectos.

Estos principios y valores objetivos se encuentran arraigados en nuestra tradición jurídica, a través de la doctrina y la resolución de los casos, desde una vocación universalista; y hoy, además, son principios codificados en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación.

La ubicación del artículo 1067 —que refiere, expresamente, a la protección de la confianza— dentro del capítulo de interpretación para contratos en general del Código unificado, refuerza la cohesión del sistema y confirma la concepción humanista del derecho como “*ars boni et aequi*”.

VI. Referencias bibliográficas

CORRAL TALCIANI, H. (2010). La raíz histórica del *adagio venire*

contra *factum proprium non valet*. *Cuadernos de Extensión Jurídica*, (18), p. 20.

GALLO, F. (2015). *Celso y Kelsen. Para la refundación de la ciencia jurídica* (p. 12-13). Buenos Aires: Eudeba.

GROSSO, G. (1965). *Lezioni di Storia del Diritto Romano* (p. 271 y ss.). Torino: G. Giappichelli.

JUSTINIANO (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Traducción de Ildefonso García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas.

LANNI, S. (2005). *America Latina e tutela del consumatore. Le prospettive del Mercosur tra problemi e tecniche di unificazione del diritto* (p. 250). Milán: Giuffré Editore.

LÓPEZ RENDO-RODRÍGUEZ, M. C. y AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M. J. Algunas consideraciones sobre las ferias y los mercados en Derecho Romano y su recepción en Derecho Español. *RIDROM. Revista Internacional De Derecho Romano*, 1(17), pp. 145–208.

NEME VILLARREAL, M. (2019). La buena fe como eje del proceso de integración e interpretación del contrato en el Código de Bello: consonancia con la función social del contrato y con la tutela de los derechos fundamentales. En F. Navia Arroyo y C. Chinchilla Imbett (Eds.). *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello. Análisis y perspectivas en la sociedad contemporánea* (pp. 234-293). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

NEME VILLARREAL, M. (2009). Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. *Revista de Derecho Privado*, 17, pp. 45–76.

La *stipulatio* por representación en el derecho romano justiniano

Por Airton Franco Calderón Palacios⁴¹²

Resumen

El presente trabajo analiza los supuestos en el derecho romano justiniano, en los cuales la *stipulatio* podía celebrarse a través de terceros y en la forma de una representación directa. Se estudia la *stipulatio* como contrato verbal y los fundamentos y alcances de la

⁴¹² Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco (UNHEVAL). Estudios de Maestría en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Adjunto de Docencia de los cursos de Filosofía del Derecho y Contratos Típicos 2 en la PUCP. Miembro del Taller de Derecho Constitucional *Libertas Capitur*. Contacto: airtronfrancocalderon@gmail.com. El autor agradece las valiosas enseñanzas de la profesora Elvira Méndez Chang recibidas en el curso de Derecho Romano, en la Maestría de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú durante el ciclo 2024-1, que le han permitido introducirse en el estudio científico del derecho romano e hicieron posible la realización del presente artículo.

prohibición romana de contraer obligaciones por terceros, consagrada en la máxima *alteri stipulari nemo potest* (I. 3. 19. 19; D. 45. 1. 38. 17). En tal sentido, se examinan las excepciones de dicha prohibición, empezando por la *stipulatio* celebrada por los *alieni iuris* (I. 3. 17. 1; I. 3. 17. 3; I. 3. 28. 3; D. 45. 1. 45. 4) y la adquisición de posesión y propiedad a través del mandatario (I. 2. 9. 5; C. 7. 32. 8. pr.). También se analizan las hipótesis de representación directa en los actos de administración realizados por el mandatario para alcanzar un panorama más completo del fenómeno de la representación en el derecho romano justiniano.

I. Introducción

En el derecho moderno entendemos por representación directa al poder jurídico o una investidura, de origen legal o voluntaria, que tiene un sujeto para gestionar asuntos, realizar negocios jurídicos, contraer obligaciones o adquirir derechos, en nombre de otro y con efectos sobre éste. En sociedades donde el tráfico comercial exige decisiones rápidas y no siempre es posible que un individuo atienda personalmente cada uno de sus asuntos, la representación resulta imprescindible.

Se afirma de manera generalizada que en la sociedad romana la figura de la representación con efectos directos no se encontraba permitida, en virtud de la prohibición de contraer obligaciones para terceros por medio de la *stipulatio*, tal como se desprende de las fuentes romanas justinianas (I. 3. 19. 19). Sin embargo, una revisión de las fuentes permite cuestionar que esta prohibición de estipular a favor de otro fuera un principio absoluto, sino que se encuentran múltiples excepciones. La más evidente aparece en un fragmento de las *Instituciones*, según el cual es posible adquirir por medio de aquellas personas que se encuentran bajo nuestra potestad

(I. 3. 28. pr.), que, desde la perspectiva de la sociedad romana, se trataba de los *alieni iuris*.

En tal sentido, partiendo de la *stipulatio*, la cual era una de las formas de contraer obligaciones más frecuentes entre los ciudadanos romanos, el presente trabajo abordará el siguiente problema jurídico: ¿se podía estipular por otro en forma de representación directa en el derecho romano justiniano? A partir de las fuentes romanas, se sustentará que podía adquirirse bienes y obligaciones a través de aquellas personas que se encontraban bajo nuestra potestad, como los hijos y los esclavos (I. 3. 17. 1; I. 3. 28. pr.; D. 1. 6. 1. 1), así como que era posible dar mandato para que un hombre libre pudiera adquirir para nosotros la posesión y propiedad de bienes (I. 2. 9. 5; D. 41. 1. 13. pr.; C. 7. 32. 8. pr.), de manera que podemos afirmar que la *stipulatio* por otro en la forma de representación directa era posible en el derecho romano justiniano en algunos supuestos.

II. La *stipulatio*

II. 1. La *stipulatio* como contrato verbal

Hacia el período justiniano el sistema romano de obligaciones había alcanzado un alto grado de desarrollo, tal como se evidencia del concepto mismo de obligación (*obligatio*), que según las *Institutiones* del emperador Justiniano se entendía como un vínculo jurídico por el cual nos encontramos en la necesidad de dar una cosa según las leyes de la ciudad (I. 3. 13. pr.). Definición simple, pero que ha trascendido tanto para inspirar a los sistemas de codificación del derecho civil moderno como prueba de su utilidad.

Siguiendo a las *Institutiones*, tenemos que para el período justiniano los romanos adoptaron un sistema cuatripartito de fuentes de las obligaciones (I. 3. 13. 2) que empezaba por el contrato (*contractu*),

que era el acuerdo generador de obligaciones, el cuasi contrato (*quasi contractu*), categoría que agrupaba múltiples supuestos distintos entre sí, donde no había acuerdo o consentimiento, pero merecedores de tutela de los pretores,⁴¹³ el delito (*maleficio*) y el cuasi delito (*quasi maleficio*), categorías que reunían los actos ilícitos sancionados con penas privadas.

Los contratos, a su vez, se dividían según la forma como se perfeccionaban o, como se señala en las fuentes, en cómo “se contrae” la obligación (I. 3. 13. 2): *contratos por la entrega de la cosa*, subcategoría que comprendía los contratos de mutuo, comodato, prenda y depósito;⁴¹⁴ *por las palabras*, donde se encontraba la *stipulatio* (I. 3. 15. pr.); *por escrito*, forma que para el período justiniano se encontraba en desuso (I. 3. 21. pr.); o *por el consentimiento*, que agrupaba a la compraventa, arrendamiento (*locatione* y *conductione*), sociedad y al mandato, que recibieron esta denominación, según un fragmento de *Instituciones* 3. 22. 1, “porque no hay en manera alguna necesidad ni de escrito ni de la presencia de las partes”.⁴¹⁵

La *stipulatio* era un contrato verbal o una manera de contraer obligaciones por las palabras y consistía en una pregunta formulada de manera solemne que dirigía el futuro acreedor o reo de estipular (D. 45. 2. 1. pr.), denominado también estipulante (*stipulator*), al próximo deudor o reo de prometer (D. 45. 2. 1. pr.), o promitente (*promissor*), por la cual se le consultaba si prometía cumplir con dar o hacer algo, y que debía contestarse de manera oral, inmediata, afirmativa, congruente y adhesivamente, quedando obligado el

⁴¹³ DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano* (p. 191). 2ª edición. Buenos Aires: Depalma.

⁴¹⁴ *Ibidem*, op. cit., pp. 207 y ss.

⁴¹⁵ Todas las citas de fuentes del *Corpus Iuris Civilis* han sido obtenidas de la traducción de GARCÍA DE CORRAL, I. (1889-1898). *Cuerpo del Derecho Civil Romano a doble texto, traducido al castellano del latino*. Barcelona: Jaime Molinas.

deudor desde aquel momento.⁴¹⁶ La *stipulatio* vino a evolucionar una figura contractual: la *sponsio*, proveniente de la época arcaica, la cual consistía en que “una persona hacía una pregunta a la otra: ¿prometes dar? (*dari spondes?*) y la otra respondía congruentemente: prometo (*spondeo*)”.⁴¹⁷

Ahora bien, la solemnidad de la *stipulatio* se desprende de las fuentes romanas que señalan que era una fórmula de palabras por las que el interrogado debía responder si dará o hará algo (D. 45. 1. 5. 1).⁴¹⁸ Dicha fórmula, no obstante, no revestía ninguna complejidad, sino que podía reducirse a la pregunta por una “promesa” seguida de la obligación deseada, conforme I. 3. 15. 1: “¿Ofreces espontáneamente? Ofrezco espontáneamente; ¿prometes? prometo; ¿prometes por tu fe? prometo por mi fe; ¿sales fiador? salgo fiador; ¿darás? daré; ¿Harás? haré”.

No obstante, si bien las características de solemnidad y congruencia en la *stipulatio* se encuentran en las fuentes romanas, para el período de la codificación justiniana se da cuenta que por una constitución del emperador León (469 d. C.),⁴¹⁹ la solemnidad de las palabras había sido suprimida, siendo posible estipular tan solo si entre las partes existía una manifestación verbal conocida y acorde, aunque se hubiera expresado con cualquier palabra (I. 3. 15. 1).

Precisamente, en D. 45. 1. 1. 2 se da cuenta que era suficiente para producir una obligación que, en la respuesta brindada, el *promissor* asintiera verbalmente, como cuando al ser consultado por

⁴¹⁶ GUZMÁN BRITO, A. (1997). *Derecho Privado Romano* (p. 9). Tomo II. Santiago: Ediciones Jurídicas; DI PIETRO, *op. cit.*, p. 220.

⁴¹⁷ ESPITIA GARZÓN, F. (2016). *Historia del Derecho Romano* (p. 389). 5ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

⁴¹⁸ D. 45. 1. 5. 1: “Mas la estipulación es una fórmula de palabras con las que el que es interrogado responde que dará o hará aquello porque fue interrogado.”

⁴¹⁹ GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, p. 17.

un “¿darás?”, respondiera con un “¿por qué no?”. No obstante, la respuesta siempre debía ser expresada en palabras, y no se admitían asentimientos por gestos. Inclusive, las partes no tenían que emplear el mismo idioma, ya que era posible que una interrogación fuera hecha en latín y la respuesta brindada en griego, constituyéndose de igual manera la obligación (D. 45. 1. 1. 6)

Sobre su importancia, tal como se desprende, por la *stipulatio* podían contraerse todo tipo de obligaciones, siendo posible incluso que por medio de la *stipulatio* se obtuvieran los mismos resultados de otros contratos típicos. Por ejemplo, una compraventa, si de un lado una parte prometía dar una cosa e, inmediatamente, la otra parte era interrogada y se obligaba a dar una suma de dinero con ocasión de aquella anterior promesa. Sobre ello, una atenta doctrina romanista comenta que:

Puesto que la estipulación es una forma de obligarse, carece de cualquier contenido material típico, es decir, de prestaciones constantes e invariables; no sólo pueden estas consistir indiferentemente en dar, hacer o no hacer, más también cualquiera de tales prestaciones puede recaer en modo indistinto sobre todo aquello en que consiste el tráfico jurídico: *corpora, iura y facta*.⁴²⁰

Precisamente, debido a que por medio de la *stipulatio* podían contraerse todo tipo de obligaciones, su efecto práctico era el de servir de vehículo para formalizar cualquier acuerdo posible y proveerles de fuerza obligacional.⁴²¹ De allí que la *stipulatio* se convirtiera en el centro de la atención de la doctrina romana en torno a la *obligatio*,⁴²²

⁴²⁰ *Ibidem*, op. cit., p. 13.

⁴²¹ IGLESIAS, J. (1990). *Derecho Romano: Historia e Instituciones* (p. 419). 10ª edición. Barcelona: Ariel.

⁴²² *Ibidem*, op. cit., p. 418.

así como en una forma contractual muy popular entre los ciudadanos romanos.

Del mismo modo, aunque se trataba de un contrato formal, la *stipulatio* admitía una flexibilidad suficiente que la hacía un método para celebrar acuerdos a bajo costo, pues, finalmente, solo exigía la transmisión de las declaraciones por medio verbal.

A ello hay que agregar que por la extensión de la ciudadanía romana a la mayoría de habitantes del territorio, y, por consiguiente, que los habitantes de las provincias se sujeten al *ius civile*, por efecto de la Constitución del emperador Caracalla del año 212 d. C.

Con todo ello, finalmente, se consiguió homogeneizar las relaciones jurídico obligacionales en torno a la *stipulatio*.⁴²³

II. 2. Capacidad para estipular

Debido a su naturaleza verbal, la *stipulatio* resultaba imposible para los mudos y sordos (D. 44. 7. 1. 14; D. 45. 1. 1. pr.). Del mismo modo, para que la obligación fuera contraída válidamente se requería que el deudor o promitente responda a la pregunta de manera inmediata, por lo cual la *stipulatio* no podía configurarse entre ausentes (D. 45. 1. 1. pr.), sea a través de correspondencia o de nuncios. Las fuentes también señalan que para los dementes (*furiosus*) era imposible estipular (I. 3. 19. 8; D. 44. 7. 1. 12), así como para los impúberes o *infantia minora* (I. 3. 19. 10; D. 45. 1. 1. pr.).⁴²⁴

No debe considerarse que la *stipulatio* se encontraba reservada a los ciudadanos romanos *sui iuris*, sino que era permitido que los *alieni iuris* estipularan de manera favorable para el *dominus* o el *paterfamilias* (I. 3. 28. pr.;⁴²⁵ D. 45. 1. 38. 17).

⁴²³ ESPITIA GARZÓN, F. *op. cit.*, p. 432.

⁴²⁴ GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, p. 24.

⁴²⁵ I. 3. 28. pr.: “Expuestas las especies de obligaciones que nacen de un contrato

No obstante, padre e hijo no podían estipular entre sí, o sea, el padre no podía obligarse frente al hijo, ni el hijo obligarse para con su padre (I. 3. 19. 6).

Necesaria mención es la situación de los *alieni iuris* púberes y el destino de lo que adquirieran o sobre lo que contrataran. De acuerdo con las fuentes justinianeas, antiguamente todo lo que adquirían los hijos y otros subordinados le pertenecía al *pater familias*, con lo cual el jefe familiar se hacía propietario y podía disponer de lo que hubiera sido ganado por sus descendientes o subordinados, con la única excepción de los peculios castrenses —estos eran los bienes adquiridos por el servicio militar (D. 49. 17. 11. pr.)—. Sin embargo, aquella situación llegó a ser considerada como “inhumana”, por lo que se estableció que aquello que adquiriera el hijo o *alieni iuris* con los recursos del *pater familias* pertenecía a éste, pero si la adquisición del hijo de familia para sí mismo obedecía a su trabajo o su próspera fortuna (*prospera fortuna accessit*), el padre adquiere solo el usufructo, quedando el dominio reservado para el hijo (I. 2. 9. 1).

III. La máxima *alteri stipulari nemo potest*

Como se señaló anteriormente, por su carácter oral y porque

o como de un contrato, debemos advertir que se adquiere para vosotros no solamente por vosotros mismos, sino también por aquellas personas que están bajo vuestra potestad, por ejemplo, por vuestros esclavos e hijos; pero de tal modo, sin embargo, que lo que verdaderamente se adquiere para vosotros por los esclavos se haga enteramente vuestro, mientras que lo que se hubiere adquirido mediante una obligación por los hijos que tenéis bajo vuestra potestad, se divida según la forma de la propiedad y del usufructo de las cosas que estableció una constitución nuestra (...).”

podía constituirse todo tipo de obligaciones, la sociedad romana antigua adoptó la fórmula estipulatoria como uno de los métodos más frecuentes para contraer obligaciones o hacerse acreedor de una prestación.

No obstante, las fuentes romanas apuntan también a que la *stipulatio* era un acto personalísimo, que solo podía contraerse por la misma persona, resultando imposible que hombres libres estipulen por otros.

La imposibilidad de estipular por otro venía a ser una prohibición de origen remoto, pues tenemos noticia de ella desde las *Institutiones* de Gayo (siglo II), donde aparece de manera expresa que de ninguna manera puede adquirirse cosa a través de personas que no dependieran de nosotros (Gai 2. 95).⁴²⁶ La prohibición persiste en el período justiniano y en el *Corpus Iuris Civilis* la prohibición de adquirir bienes u obligaciones para otro toma la forma de un principio o máxima romana: *Alteri stipulari nemo potest* o nadie puede estipular para otro, que aparece en I. 3. 19. 4, en I. 3. 19. 19⁴²⁷ y, especialmente, en D. 45. 1. 38. 17.⁴²⁸

⁴²⁶ Gai 2. 95: “De estos antecedentes se deduce que de ningún modo nos es dado adquirir cosa alguna por personas que no dependieren de nosotros o que no poseyéremos de buena fe, ni por esclavos ajenos en quienes no tuviéremos el usufructo ni la posesión legítima: y he aquí el sentido en que se dice que nada podemos adquirir por persona entraña.”

⁴²⁷ I. 3. 19. 19: “Nadie puede, según arriba se ha dicho, estipular para otro; pues las obligaciones de esta clase han sido inventadas para esto, para que cada cual adquiera para sí lo que le interesa; y por lo demás, nada importa al estipulante que se dé a otro (...).”

⁴²⁸ D. 45. 1. 38. 17: “Nadie puede estipular para otro –*Alteri stipulari nemo potest*–, salvo si el esclavo estipulara para el señor, o el hijo para el padre; porque estas obligaciones se inventaron para esto, para que cada cual adquiera para sí por lo que le interesa; más nada me interesa que se le dé a otro. Y si ciertamente yo

La máxima *alteri stipulari nemo potest* producía, entonces, la exclusión de cualquier figura de constitución de obligaciones por la *stipulatio* a través de intermediarios o terceros, lo que comprendía tanto la representación directa, así como el *contrato a favor de tercero*.⁴²⁹

Efectivamente, no debe perderse de vista que si por la *stipulatio* una parte (el deudor) se obligaba a dar una cosa o hacer algo, la otra parte (el acreedor o reo de estipular) se hacía acreedor de aquel para adquirir la cosa, sea en posesión o propiedad, o de recibir una prestación, de tal manera que, por la máxima *alteri stipulari nemo potest*, aun cuando se tratara de un efecto favorable, no podían adquirirse bienes o derechos como parte acreedora a través de una *stipulatio* celebrada por un tercero. Evidentemente, tampoco parece posible que por terceros pudieran contraerse obligaciones, pues si un efecto favorable como adquirir una cosa no era tolerada por los romanos, mucho menos el contraer obligaciones que nos pusiera en situación de desventaja o sometimiento.

quisiera hacer esto, convendrá que se estipule una pena, para que, si no se hubiera hecho tal como se consignó, se incurra en la estipulación aun respecto de aquel a quien nada le interesa; porque cuando alguno estipula una pena, no se mira lo que interesa, sino cuál sea la cantidad, y cuál la condición de la estipulación”.

⁴²⁹ Por el contrato a favor de tercero, una parte denominada promitente se obliga frente a la otra denominada como estipulante a cumplir una prestación a favor de un tercero. Se distingue de la representación directa en que el tercero beneficiario no es parte en el contrato concluido por el promitente y estipulante, sino que recibe solamente una prestación a cargo del promitente, mientras que, en la representación, la declaración del representante en nombre del representado repercute directamente en la esfera jurídica de éste, haciéndolo parte del contrato celebrado. Ahora bien, se señala que, en el Derecho romano justiniano, la prohibición de estipular por otro alcanzó también al contrato a favor de tercero, conforme se desprende de D. 45. 1. 126. 2; SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V. (2000). *La stipulatio alteri en el derecho romano. Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de la Laguna*, (19), p. 294.

De acuerdo con las fuentes, tanto en Gayo como en las *Instituciones* de Justiniano, las estipulaciones por otro o a favor de tercero se consideraban inútiles (*inutilibus stipulationibus*) (Gai 3. 103; I. 3. 19. 4), o sea, se tenía por nulas y “no producían ninguna obligación. En consecuencia, si ante el pretor se demandaba la exigibilidad de una de tales obligaciones, dicho funcionario se abstenía de prestar su oficio, negándose a organizar la instancia”.⁴³⁰

Son varias las razones que parecen justificar la prohibición de estipular por otros. Una primera explicación se encuentra en que el origen de este principio se remonta a un período en el cual la organización económica romana se presentaba como elementalmente agrícola, de economías familiares autárquicas, donde la contratación resultaba de poca frecuencia; de allí que la celebración de negocios a través de terceros resultaba innecesaria.⁴³¹ En tal sentido, de requerirse alguna colaboración en la actividad comercial, finalmente, se admitía que los individuos sometidos a la patria potestad pudieran actuar como una extensión del *pater familias*, en el extremo de que todo lo que adquirieran pasaba a formar parte del patrimonio del jefe familiar.⁴³²

A su vez, las fuentes romanas ofrecen una explicación consistente en que la figura de la *stipulatio* había sido concebida para que cada uno adquiriera para sí mismo lo que es de nuestro propio y exclusivo interés, pues a nadie más interesa lo que pudiéramos adquirir o por lo que nos obligamos (D. 45. 1. 38. 17). No obstante, hace algún tiempo se ha venido dudando de si tal era realmente la única preocupación de los romanos en prohibir la contratación a través de

⁴³⁰ ORTIZ MÁRQUEZ, J. (1968). *Comentarios a las Instituciones de Gayo* (p. 367). Bogotá: Tercer Mundo.

⁴³¹ HINESTROSA, F. (2008). *La Representación* (p. 86). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

⁴³² IGLESIAS, *op. cit.*, pp. 173-174.

terceros. Más bien, tal parece que cuando se celebraba una *stipulatio* para otro, de producirse el incumplimiento del deudor, se generaba un problema de determinación de a quién correspondía la acción. En tal sentido, se señala que la condena fijada por los pretores debía ser siempre pecuniaria (*omnis condemnatio pecuniaria esse debet*), lo cual, en muchos casos, requería una estimación del interés del reclamante, lo que resultaba de difícil o imposible valoración si el estipulante no tenía interés alguno o el incumplimiento no le había causado perjuicios al tercero.⁴³³

Así pues, la máxima *alteri stipulari nemo potest*, tal como aparece postulada en las fuentes romanas, por mucho tiempo ha llevado a un sector de romanistas a considerar que la representación directa se encontraba prohibida en el derecho romano, aceptándose solo la representación indirecta por mandato.⁴³⁴

Sin embargo, una revisión de las fuentes justinianas permite cuestionar si aquella máxima era absoluta o si, acaso, además de las *stipulatio* por dependientes, era posible estipular a través de hombres libres en determinados supuestos, en forma de representación con efectos directos.

IV. Excepciones a la máxima *alteri stipulari nemo potest*

Antes de examinar las excepciones a la prohibición de estipular a través de terceros en el derecho romano justiniano, es oportuno

⁴³³ SANSÓN RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 302.

⁴³⁴ PÉREZ MARTÍN, A. (1994). Mandato y representación en el derecho histórico. *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, (12), p. 217; SCIALOIA, V. (2022). *Negocios Jurídicos* (p. 164). Traducción de F. de Pelsmaeker. Santiago: Olejnik; DI PIETRO, *op. cit.*, p. 224.

delimitar el concepto de representación y cuando para el presente trabajo se cumple un supuesto de representación directa, así como su relación con el contrato de mandato en las fuentes romanas.

Ahora, hay representación en sentido amplio cuando una persona gestiona negocios o realiza actos jurídicos en interés de otro. Existen múltiples tipos de representación según diferentes criterios: a) la representación necesaria o legal, que resulta obligatoria por previsión legal, y la representación voluntaria, que se produce cuando el representado otorga facultades al representante para actuar o concluir actos jurídicos en su nombre;⁴³⁵ y b) representación directa, inmediata o perfecta, que se caracteriza porque el representante actúa en nombre del representado, y los actos que realiza afectan de manera directa e inmediata a la esfera jurídica del representado, mientras que en la representación indirecta, mediata o imperfecta, el representante actúa en nombre propio, pero por cuenta del representado y, en todo caso, los actos realizados recaen inmediatamente en la esfera jurídica del representante, siendo que, solo en virtud de los acuerdos internos entre las partes de la relación de representación, se produce la obligación del representante de transmitir los derechos y obligaciones que deriven de la actividad a favor del representado.⁴³⁶

Si bien se trata de conceptos más cercanos a la realidad jurídica moderna, los romanos, tal como se verá más adelante, no fueron completamente indiferentes al fenómeno de la representación, aun cuando no la hayan comprendido o sistematizado. Así pues, para efectos del presente ensayo, entendemos que existe una noción de representación directa en el derecho romano justiniano siempre que la actividad o los actos jurídicos realizados por una persona en nombre de otra producen efectos inmediatos en la esfera jurídica

⁴³⁵ A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano*, 9ª edición, Madrid: Iustel, 2016, p. 298.

⁴³⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *op. cit.*, p. 298.

del representado, al margen de si la representación es legal, necesaria o voluntaria.

Hay que señalar que la contratación sirviéndose de terceros no se encontraba completamente prohibida en el derecho romano, sino que era posible que una declaración de voluntad, sea en la forma de oferta o de aceptación de un contrato, fuera transmitida a través de una tercera persona, que funcionaba como simple emisario, como se desprende de las fuentes para el contrato de compraventa, es decir, una compraventa podía perfeccionarse entre ausentes y por medio de mensajero (D. 18. 1. 1. 2).⁴³⁷ Sin embargo, la contratación por mensajero no representa una auténtica representación directa, pues la declaración de voluntad no pertenecía al emisario, sino a la parte contratante. Sin perjuicio de ello, por su naturaleza de contrato verbal, la *stipulatio* quedaba excluida de la contratación entre ausentes.

Ahora bien, ingresando a las excepciones a la prohibición de estipular por otro y la *stipulatio* por representación directa, es importante establecer si los romanos conocieron de alguna fórmula en la contratación que pueda identificarse con la actividad por representación, es decir, si se distinguía entre una actuación a nombre propio y a nombre de otra persona. Al respecto, considero que contamos con suficientes signos para afirmar que los romanos conocían muy bien cuando una persona se presentaba y realizaba actos jurídicos en nombre de otra. Muestra clara de ello aparece en Gai 3. 167:

167. Es evidente que el esclavo común de varios propietarios adquiere para cada uno de ellos, en proporción a la propiedad que sobre él tienen, excepto cuando adquiere para cada uno de ellos exclusivamente por haber hecho la estipulación o haber comprado por mancipación expresamente a su nombre; por ejemplo, cuando estipula en estos términos: te comprometes a dar

⁴³⁷ D. 18. 1. 1. 2: "Mas la compra es de derecho de gentes, y por eso se perfecciona por el consentimiento; y puede hacerse entre ausentes, y por mensajero, y por carta."

a mi dueño Ticio?, o cuando compra por mancipación diciendo: Yo afirmo que esta cosa pertenece a mi amo Ticio en derecho de quirites, y que la compro con este bronce y con esta balanza de bronce.⁴³⁸

En las fuentes justinianeas también encontramos una noción de actuación en nombre de otro (I. 3. 28. 3):

Es cierto que el esclavo común adquiere para sus señores proporcionalmente a su parte de dominio, salvo el caso de que estipulando nominalmente para uno, o recibiendo por tradición, adquiere para él solo, como cuando se estipula de este modo: “¿prometes dar a Ticio mi señor?” (...).

De esta manera, la actuación en nombre de otro aparece registrada en las fuentes romanas.

IV. 1. *La stipulatio a través de los subordinados*

En este punto, resulta evidente que la primera excepción a la máxima *alteri stipulari nemo potest* se encuentra en la *stipulatio* a través de los dependientes: esclavos, hijos, y otros *alieni iuris*.

Como señalan las fuentes justinianeas, aquello sobre lo que los hijos púberes estipularan pertenecía al *pater familias*. Resulta interesante que, según D. 45. 1. 45. 4, en el caso de los hijos de familia no era necesario que actuaran en nombre de su padre, pues se consideraba que por lo que estipularan le pertenecía a este, aunque no hubieran añadido su nombre.⁴³⁹

Aunque las fuentes se refieren a la *stipulatio* celebrada por “el

⁴³⁸ ORTÍZ MÁRQUEZ, *op. cit.*, p. 412.

⁴³⁹ D. 45. 1. 45. 4: “Se considera que el hijo estipula que se le dé á su padre, aunque no lo añada.”

hijo”, hay que entender que la autorización se extendía a todos los descendientes del *pater familias*: hijos, nietos, bisnietos, etc., procreados por *justas nupcias* (D. 1. 6. 3. pr.; D. 1. 6. 4. pr.), pues todos se encontraban igualmente sometidos por la patria potestad.

Así pues, la regla era que los *alieni iuris* al estipular, sea actuando en nombre propio o del *pater familias*, aquello que era objeto del contrato pasaba a pertenecer al jefe de la familia. En estos supuestos la representación, aunque perfectamente posible, no resultaba necesaria distinguirla de la actuación en nombre propio.

No obstante, como se había indicado antes, para el período justiniano, esta regla de atribución a favor del *pater familias* sobre los bienes adquiridos quedaba excluida de los peculios castrenses y lo que hubiera ganado el hijo por su trabajo, quedando únicamente en el padre el usufructo de los bienes (D. 49. 17. 11. pr.; I. 2. 9. 1).

Por otro lado, los esclavos podían estipular para su señor (I. 3. 17. 1).⁴⁴⁰ Ahora bien, al igual que la *stipulatio* celebrada por el hijo, lo que adquiriera el esclavo pertenecía al señor, según D. 1. 6. 1. 1.⁴⁴¹ Del mismo modo, una *stipulatio* celebrada entre esclavos de distintos señores, se tenía como si hubiera sido celebrada por los señores (D. 45. 3. 1. 3). La excepción a este principio era la *stipulatio* celebrada por el esclavo que hubiera sido abandonado por su señor (D. 45. 3. 36. pr.).

⁴⁴⁰ I. 3. 17. 1: “Mas ya estipule el esclavo para su señor, ya para sí, ya para su coesclavo, ya impersonalmente, adquiere para su señor. El mismo derecho rige también para los hijos que se hallan bajo la potestad del padre, respecto de las causas por que pueden adquirir.”

⁴⁴¹ D. 1. 6. 1. 1: “Así, pues, los esclavos están bajo la potestad de los señores. Cuya potestad es ciertamente de derecho de gentes; porque en todas las naciones podemos observar igualmente, que los dueños tuvieron potestad de vida y muerte sobre los esclavos; y todo lo que se adquiere por medio del esclavo, se adquiere para el señor.”

Aquí pues, la representación directa resultaba también posible, aunque sus efectos no presentaban diferencias prácticas de la *stipulatio* a nombre propio, porque todo lo contratado pertenecía al señor.

Si el esclavo pertenecía a más de una persona, lo que hubiera adquirido por *stipulatio* pertenecía a todos sus señores en partes iguales (D. 45. 3. 37. pr.), salvo que hubiera estipulado por orden de solo uno de ellos o con mención expresa de uno de sus señores (I. 3. 17. 3; I. 3. 28. 3). En este último caso, precisamente, si se deseaba favorecer únicamente a uno de sus *dominus*, sí resultaba necesario que el esclavo identificara el nombre o por mandato de quién celebraba la *stipulatio* (D. 45. 3. 7. 1). En tal situación, entonces, una figura como la representación directa aparecía.

De otro lado, de acuerdo a las *Instituciones*, si el objeto de la *stipulatio* celebrada por el esclavo era “un hecho”, se entendía que éste favorecía únicamente al estipulante, “como si un esclavo estipulase que le sea lícito pasar y conducir, pues tan sólo a él no debe impedírsele, pero sí a su señor” (I. 3. 17. 2).⁴⁴² Entonces, una *stipulatio* a través de los siervos sobre prestaciones sobre hechos quedaba excluida, y el favorecido sería siempre el esclavo. Sin embargo, dicho fragmento de las *Instituciones* parece contradecir otro pasaje en el Digesto, según el cual el esclavo común de dos personas podía adquirir una servidumbre de paso o de vía sobre un predio vecino a favor de uno de sus señores (D. 45. 3. 7. 1).⁴⁴³ En efecto, los supuestos que ejemplificaban la exclusión de estipulaciones de esclavos sobre

⁴⁴² I. 3. 17. 2: “Pero cuando se contuviere un hecho en la estipulación, se comprende exclusivamente la persona del estipulante, como si un esclavo estipulase que le sea lícito pasar y conducir; pues tan sólo a él no debe impedírsele, pero sí a su señor”.

⁴⁴³ D. 45. 3. 7. 1: “Si un esclavo común, mío y tuyo, estipulara sin agregar nuestro nombre la servidumbre de vía, o la de paso, o la de conducción, cuando sólo yo tuviera el fundo vecino, la adquiere para mí solo; porque aunque tú tuvieras el fundo vecino, se adquiere también para mí solidariamente la servidumbre”.

hechos, según las *Institutiones*, son exactamente los comprendidos en la *stipulatio* sobre servidumbres en el Digesto. De allí que, si se intentara conciliar ambas fuentes, resulta que no cabía que los esclavos estipularan prestaciones de hacer a favor de sus señores, lo que no alcanzaba a las servidumbres, cuya naturaleza era la de una carga que soportaban los fundos.⁴⁴⁴

Ahora bien, en todos los casos donde la *stipulatio* podía ser celebrada por los subordinados a favor del *pater familias*, sea actuando en nombre propio o en su nombre, tal situación era admitida en la medida que los *alieni iuris* eran considerados una prolongación de la esfera jurídica del señor de familia, con lo que se resolvía el problema de la falta de interés, ya que, finalmente, se favorecía siempre al *pater familias*. La doctrina entiende este fenómeno como una representación inherente al fenómeno de la patria potestad.⁴⁴⁵

En tal sentido, ya que la *stipulatio* de los dependientes solo admitía resultados adquisitivos, se considera que el *pater familias* no podía sufrir efectos desfavorables por los actos de sus *alieni iuris*,⁴⁴⁶ aunque las fuentes reconocen la *stipulatio* entre esclavos, que se tenía como contraída por los señores (D. 45. 3. 1. 3).

De esta manera, era posible la configuración de una *stipulatio* por representación directa a través de los dependientes para que el *pater familias* adquiriera bienes. No obstante, la regla general consistía en que aquello por lo que estipulara una persona sujeta a la potestad de otro, aun actuando a nombre propio, era considerado como si el mismo *sui iuris* lo hubiera estipulado (D. 45. 1. 45. pr.).

⁴⁴⁴ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 143.

⁴⁴⁵ ORTÍZ MÁRQUEZ, *op. cit.*, p. 372.

⁴⁴⁶ HINESTROSA, *op. cit.*, p. 87.

IV. 2. La *stipulatio* a través de un mandatario

El contrato de mandato (*mandatum*) en el derecho romano consistía en un encargo que una persona llamada mandante (*mandator*) realizaba para que otro denominado mandatario (*is qui mandatum suscepit*) se ocupe de gestionar un asunto o negocio que interesaba al primero.⁴⁴⁷

El mandato en el derecho romano se perfeccionaba por el consentimiento, “sin estar sujeto a una forma determinada; es imperfectamente bilateral y gratuito, ya que se trata de un deber moral (*officium*) basado en las relaciones de amistad”.⁴⁴⁸

Como es aceptado ampliamente, el objeto del mandato no era crear una relación de representación con efectos directos para el mandante,⁴⁴⁹ sino que el mandatario actuaría en nombre propio y una vez adquirido un bien o un derecho en cumplimiento del mandato, el mandatario quedaba obligado a transmitir al mandante los mismos bienes o ceder las acciones derivadas de la gestión (D. 17. 1. 43. pr.,⁴⁵⁰ D. 17. 1. 45. 5⁴⁵¹), es decir, la actividad por mandatario se configuraba como una representación indirecta.

⁴⁴⁷ GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, p. 189.

⁴⁴⁸ PEREZ MARTÍN, *op. cit.*, p. 208.

⁴⁴⁹ FERNANDEZ DE BUJÁN, A. (2007). *Sistema Contractual Romano* (p. 208). 3ª edición. Madrid: Dykinson,

⁴⁵⁰ D. 17. 1. 43. pr.: “El que aceptó mandato para que colocase cantidades a término, y hubiere hecho esto, ha de ser demandado con la acción de mandato, para que ceda las acciones con la dilación del tiempo”.

⁴⁵¹ D. 17. 1. 45. 5: “Mas en todos los casos en que hemos dicho que puede ejercitarse la acción de mandato antes de pagado el dinero, el deudor se obligara por causa de hacer, no de dar; y es justo, que así como habiendo adquirido por mandato de otro una acción somos obligados a cederla por la acción de mandato, así obligados por la misma causa tengamos la acción de mandato, para que quedemos libres”.

Ahora bien, resulta interesante la relación del mandato con otra figura sobre la gestión de negocios ajenos: la *procura*. Al respecto, se señala que, en el período romano clásico, por la *procura* el *pater familias* encargaba de forma estable en una persona libre denominada procurador (*procurator*) la administración de su patrimonio (*procurator omnium bonorum, ad res administrandas datus*),⁴⁵² y de todos sus asuntos, incluyendo las materias jurídicas, mientras que, por el mandato, el mandatario recibía un encargo para un asunto específico.⁴⁵³

Sin embargo, para el período justiniano, el mandato termina absorbiendo la *procura*,⁴⁵⁴ pues las fuentes apuntan a que la función del mandatario era ya identificada con la del procurador,⁴⁵⁵ sin distinciones prácticas, en la medida que se consideraba procurador a quien por mandato gestionaba uno o todos los negocios del mandante (D. 3. 3. 1. pr.,⁴⁵⁶ D. 3. 3. 1. 1⁴⁵⁷).

No obstante, para un sector de la doctrina la distinción entre mandatario y procurador subsistía en que solo la actividad de este último podía producir efectos directos sobre la esfera del mandante.⁴⁵⁸ En

⁴⁵² IGLESIAS, *op. cit.*, pp. 416-417.

⁴⁵³ HINESTROSA, *op. cit.*, pp. 89-90.

⁴⁵⁴ IGLESIAS, *op. cit.*, p. 416.

⁴⁵⁵ SCIALOJA, *op. cit.*, p. 165.

⁴⁵⁶ D. 3. 3. 1. pr.: "Procurador es el que administra negocios ajenos por mandato del dueño."

⁴⁵⁷ D. 3. 3. 1. 1: "Mas el procurador puede ser nombrado o para todos los negocios, o para uno solo, o estando presente, o por medio de mensajero, o por carta, aunque algunos, según escribe Pomponio en su libro vigésimo cuarto, no consideren que es procurador el que acepta mandato para un solo negocio; así como, a la verdad, tampoco se llama propiamente procurador al que se encargó de llevar una cosa, o carta, o aviso. Pero es más cierto, que también es procurador el que fue nombrado para una sola cosa."

⁴⁵⁸ SANSÓN RODRIGUEZ, M. V. (2012). Reflexiones sobre la representación en el

todo caso, considero que las fuentes apuntan claramente a que el mandatario o procurador podía ser encargado para realizar todo tipo de gestiones, así como para celebrar un negocio o contrato en particular o varios.⁴⁵⁹

Ahora, si bien el mandato romano se configuraba como una representación indirecta o imperfecta, existen en las fuentes justinianeas algunos supuestos en los cuales la actuación del mandante tenía los mismos efectos de una representación directa.

Uno de tales supuestos era la adquisición de la posesión y propiedad a través del mandatario. De acuerdo a las *Instituciones*, fue por una constitución que se estableció que, por medio de una persona libre, como podía ser un procurador, era posible adquirir la posesión, “y por esta posesión, también el dominio, si fue dueño el que transmitió, o la usucapión o la prescripción de largo tiempo, si no fuera dueño” (I. 2. 9. 5).

En el Código, ciertamente, se advierte que la constitución que dio lugar a la adquisición de bienes a través del mandatario se encuentra en C. 7. 32. 8. pr.: “Se determinó, que por causa de utilidad se adquiriese por medio de procurador la posesión, y, si de esta no se pudiera separar la propiedad, también el dominio.”

En el Digesto se recoge esta autorización de manera aún más clara, vinculándola a la actividad del procurador. Según D. 41. 1. 13. pr., “si un procurador hubiera comprado para mí una cosa por mandato mío, y le hubiera sido entregada en mi nombre, se adquiere para mí el dominio, esto es, la propiedad, aun ignorándolo yo”. Este pasaje resulta fascinante porque, si bien el mandatario celebra negocios a nombre propio, si nombraba la persona de su mandante y se le

Derecho romano clásico y sobre la *actio ad exemplum institoriae*. *Revista General de Derecho Romano*, (19), pp. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=412740&texto=.

⁴⁵⁹ GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, p. 191.

entregaba una cosa a nombre de aquel, sería el mandante el que adquiere la cosa.

Como se advierte, por ser de utilidad para la actividad comercial, en el período justiniano se da testimonio de la aceptación generalizada de la actuación del mandatario con eficacia directa para el mandante, en los supuestos de adquisición de bienes.⁴⁶⁰ Entonces, este efecto de adquisición requería que se nombrara la persona del mandante, lo que, para efectos prácticos, configura como un supuesto de representación directa. Para un sector de la doctrina, esta legitimación para adquirir bienes probablemente fue reconocida primero en el procurador, extendiéndose más tarde al mandatario.⁴⁶¹

Si bien el pasaje en D. 41. 1. 13. pr. comprende únicamente a la compraventa, las fuentes en I. 2. 9. 5 y C. 7. 32. 8. pr. se refieren a la adquisición de bienes por medio de otras personas sin distinción del tipo de contrato o formalidad celebrado por el mandatario, es decir, la adquisición de bienes en cumplimiento del mandato admitía cualquier tipo de contrato. En tal sentido, es oportuno recordar que por la *stipulatio* el deudor o *promissor* se obligaba frente al acreedor o *stipulator* a una determinada prestación, siendo que las fuentes persistentemente suelen identificar a la actividad por *stipulatio* como una de adquisición a favor del acreedor. De allí que los dependientes pudieran estipular por el *pater familias*, como ya se ha visto.

En atención a ello, considero que la *stipulatio* se encontraba comprendida dentro de las fuentes que señalan que el mandatario o procurador podía adquirir directamente para el mandante si lo nombraba.

Precisamente, una doctrina romanista considera que, por dicha legitimación reconocida a los mandatarios, la representación directa

⁴⁶⁰ SANSÓM RODRIGUEZ, *Reflexiones*, op. cit.

⁴⁶¹ PETRUCCI, A. (2018). De los representantes en el derecho romano a la noción unitaria de representación negocial: etapas de la formación de una categoría general. *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 42(42), p. 330.

en el derecho romano se desarrolló en el campo de las obligaciones a través de las excepciones para la adquisición de la propiedad.⁴⁶²

Sin perjuicio de ello, las fuentes romanas nos informan que no era posible contraer obligaciones a través de un mandatario, como, por ejemplo, que no podía obligarse a la entrega de una prenda, en cuyo caso sería solo el mandatario el demandado con la acción pignoraticia (D. 13. 7. 11. 6).⁴⁶³

Así pues, resulta que una *stipulatio* por representación directa era posible en la actividad del mandatario en lo referido para la adquisición de cosas, en la medida que el efecto adquisitivo en el patrimonio del mandante requería que la entrega de la cosa se hubiera hecho en nombre del mandante, lo que exigía indefectiblemente que el estipulante se identifique como mandatario y señale la persona que le ha conferido el mandato.

V. Una introducción al fenómeno de la representación directa en las fuentes romanas justinianeas

Si bien el propósito del presente trabajo consiste en la *stipulatio* por representación, la exploración de las fuentes romanas ha revelado múltiples situaciones donde la representación directa, no obstante ser negada por un sector numeroso de romanistas, aparece con claridad.

⁴⁶² SCIALOJA, *op. cit.*, p. 167.

⁴⁶³ D. 13. 7. 11. 6: “Mas por medio de una persona libre no se adquiere para nosotros la obligación de prenda, de tal manera, que las más de las veces no se adquiere ni por medio del procurador o del tutor; y por esto, ellos mismos serán demandados con la acción pignoraticia (...)”

En tal sentido, hemos visto que por el contrato de mandato el mandante encargaba al mandatario o procurador la gestión o realización de uno o varios negocios, siendo la consecuencia normal del mandato que el mandatario transmitiera al mandante los bienes o acciones adquiridos en cumplimiento del encargo. No obstante, las fuentes romanas nos revelan supuestos donde la actividad del procurador alcanzaba directamente al mandante.

Un primer supuesto lo encontramos en la representación procesal por mandato. El procurador para asuntos procesales, conocido en el período de Gayo como *cognitor* y sustituido por la figura del *procurator ad litem* en el derecho justiniano,⁴⁶⁴ podía interponer acciones en nombre de su mandante, así como sustituirlo en un juicio ya iniciado (Gai 4. 82; Gai 4. 83). No obstante, para ser considerado defensor idóneo, el procurador debía otorgar fianza (D. 3. 3. 46. 2).

En tal sentido, tenemos que, de acuerdo con D. 3. 3. 29. pr.,⁴⁶⁵ resultaba lícito demandar tanto al principal como a su procurador, lo cual implica que la actividad del procurador en defensa de su mandante se entendía como eficaz en el pleito.

Del mismo modo, siguiendo a D. 3. 3. 57. pr.,⁴⁶⁶ tenemos que el procurador designado para demandar también lo estaba para continuar con el juicio, lo que también conlleva una representación eficaz y de duración en el proceso.

En todo caso, los resultados del juicio eran soportados por la parte que nombró a un procurador, de modo que podemos considerar que el *procurator ad litem* se desenvolvía en el marco del proceso con eficacia directa para el mandante.

⁴⁶⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema*, op. cit., p. 351.

⁴⁶⁵ D. 3. 3. 29. pr.: “Si el actor prefiriese demandar al principal, más bien que a aquel que es procurador en su causa propia, se ha de decir que le es lícito”.

⁴⁶⁶ D. 3. 3. 57. pr.: “El que nombra procurador para que al punto demande, se entiende que permite al procurador que también después prosiga el pleito”.

Otro supuesto de representación podía ocurrir en el contrato de mutuo. Esta situación particular se producía cuando una persona daba una suma de dinero que le pertenecía, pero obedeciendo a la voluntad de otra y en su nombre, en cuyo caso la obligación de devolver el dinero se producía para el aparente representado (D. 12. 1. 9. 8).⁴⁶⁷ De esta manera, aquel que dio la orden de prestar una suma de dinero se hacía acreedor directamente, aun cuando los recursos provenían de otro. Si bien este último fragmento parece solo aplicable al contrato de mutuo, contribuye para nuestra comprensión de la recepción progresiva de la representación directa en el derecho romano.

Ahora bien, la presencia de la representación no se reducía a los actos de adquisición o para contraer obligaciones, sino que la representación directa también puede presentarse en la administración de los bienes del representado, así como en los actos relacionados al cumplimiento de sus obligaciones.

Así pues, las fuentes romanas justinianas señalan que el procurador podía pagar a los acreedores (D. 3. 3. 59. pr.).⁴⁶⁸ El acto de pago, en materia de obligaciones de dar, implica un desprendimiento patrimonial del deudor para el cumplimiento de su obligación y, así, producir la extinción del crédito de su acreedor. De modo que el mandatario que realizaba el pago por encargo del mandante

⁴⁶⁷ D. 12. 1. 9. 8: "Si en tu nombre hubiere yo dado dinero mío, como tuyo, estando tú ausente e ignorándolo, escribe Ariston, que se adquiere para ti la condición. También Juliano, interrogado sobre esto, escribe en el libro décimo, que es verdadera la opinión de Ariston, y que no se duda, que si en tu nombre hubiere yo dado dinero mío, se adquiera para ti la obligación, porque diariamente para dar dinero en mutuo pedimos a otro, que el acreedor lo entregue en nuestro nombre al que ha de ser nuestro deudor".

⁴⁶⁸ D. 3. 3. 59. pr.: "Y aun se entiende que se le manda también esto, que pague a los acreedores".

producía una disminución en el patrimonio de aquel, pero consiguiendo liberarlo de un vínculo obligatorio.

Del mismo modo, el procurador podía recibir el pago de los deudores de su mandante (D. 46. 3. 12. pr.),⁴⁶⁹ lo cual, de manera inversa al pago, producía un incremento en la esfera jurídica del mandante, así como la liberación de su deudor.

El procurador encargado de la administración de los bienes también podía reclamar por aquellos (D. 3. 3. 58. pr), lo que se entiende conlleva la facultad de requerir el pago, es decir, iniciar acciones ordinarias de cobro.

Inclusive, el procurador podía permutar sobre los bienes bajo su administración (D. 3. 3. 58. pr.).⁴⁷⁰ Aun cuando el contrato de permuta en épocas modernas puede ser considerado como un acto de disposición, para el derecho romano justiniano, ya que se trata de una operación de intercambio de cosas, resultaba tolerable que el procurador permute los bienes de su mandante porque de practicarse sin contravenir sus intereses, el valor del patrimonio del mandante se conservaba.

Luego, el procurador no podía disponer de los bienes muebles, inmuebles ni sus esclavos sin mandato especial.⁴⁷¹ No obstante, si se trataba de bienes fructíferos, el procurador administrador podía disponer de los frutos que pudieran deteriorarse fácilmente (D. 3. 3. 63. pr.).⁴⁷²

⁴⁶⁹ D. 46. 3. 12. pr.: “Al verdadero procurador se le paga bien. Pero debemos tener por verdadero aquel a quien se le dio especialmente mandato, o a quien se le fue encomendada la administración de todos los negocios.”

⁴⁷⁰ D. 3. 3. 58. pr.: “El procurador, a quien en general se encomendó la libre administración de bienes, puede reclamar y permutar una cosa por otra.”

⁴⁷¹ PETRUCCI, *op. cit.*, p. 331.

⁴⁷² D. 3. 3. 63. pr.: “Ni el procurador de todos los bienes, a quien se encomendaron las cosas para administrarlas, ni el esclavo, pueden enajenar, sin especial mandato

Los actos anteriormente indicados practicados por el procurador general, si bien son considerados como actos de administración, al ser examinados atentamente, como se ha mencionado, resulta que además de surtir efectos directamente en la esfera jurídica del mandante, alcanzan una gran importancia práctica, ya que, tal como se ha indicado, al reconocerse que el mandatario o procurador puede recibir pagos o realizarlos a nombre del mandante, lo que se produce es la extinción de una obligación contraída a favor de su mandante o liberar a su mandante de una obligación.

Del mismo modo, la autorización de permutar bienes o disponer de los frutos de los bienes administrados podía afectar profundamente el patrimonio de su mandante. Y si éste era una persona dedicada al comercio, la importancia de los actos del procurador era todavía mayor, ya que se estaría decidiendo sobre los materiales de trabajo y capital de su negocio.

Ahora bien, aunque todos los casos anteriores ocurrieran en el marco del contrato de mandato —por el cual, como sabemos, el mandatario actúa en nombre propio, aunque en interés del mandante—, la naturaleza de la gestión se aprecia más como una representación, pues situaciones como que el mandatario realice un pago, reciba bienes para su mandante o realice un reclamo por los créditos de su mandante solo pueden comprenderse si es que el mandatario se presentaba como gestor de otra persona y que los actos que practicaba los hacía en nombre dicha persona.

De esta manera, es posible advertir cómo de manera silenciosa la noción de la representación ganaba terreno en el derecho romano. En tal sentido, las excepciones a la máxima *alteri stipulari nemo potest* y los supuestos de actuación del procurador encargado de la administración revelan que los romanos no rechazaron completamente la

de su principal, los bienes muebles e inmuebles, sino los frutos u otras cosas que fácilmente puede deteriorarse.”

figura de la representación, sino, más bien, no les interesó o no les alcanzó el tiempo para brindarle un tratamiento unitario.⁴⁷³

VI. Conclusiones

Cómo se ha visto en el presente trabajo, la *stipulatio* era una forma de contraer obligaciones por las palabras y consistía en una pregunta formulada por el acreedor sobre la promesa de una obligación que debía responderse de manera inmediata y congruente por el deudor. Debido a que a través de la *stipulatio* podían formalizarse y brindar de una acción a todo tipo de obligaciones, sumado a su bajo costo por su naturaleza verbal, se convirtió en una de las formas contractuales preferidas por los ciudadanos romanos.

La *stipulatio* era considerada como un acto personalísimo, es decir, solo podía ser celebrada por la persona que fuera a contraer una obligación o hacerse acreedora de una prestación, prohibiéndose el contraer obligaciones a través de terceros. Dicha prohibición sabemos que existía desde hace mucho tiempo, y para el período justiniano toma la forma de la máxima *alteri stipulari nemo potest*, que dada la importancia de la *stipulatio*, tendría una suerte de alcance general.

Precisamente, por esta prohibición se había llegado a creer que en el derecho romano la representación con efectos directos, aquella cuando los actos jurídicos celebrados por una persona a nombre de otra y con efectos directos para éste no se encontraba permitida.

Sin embargo, esta máxima distaba de ser un principio absoluto, ya que las fuentes revelan que progresivamente fueron apareciendo excepciones a sus alcances, siendo el primero y más obvio las estipulaciones celebradas por los *alieni iuris* del *pater familias* –sus

⁴⁷³ SANSÓN RODRÍGUEZ, *Reflexiones*, op. cit.

hijos, descendientes y sus esclavos—, considerándose que aquello sobre lo que estipulaban pertenecía al cabeza de familia. En estos casos, para que se produjera el efecto adquisitivo no era necesario nombrar al *pater familias*. Aquí pues, una figura como la representación era innecesaria. No obstante, en las estipulaciones de los esclavos que pertenecían a más de una persona, si se deseaba que los bienes adquiridos fueran de uno solo, debía nombrarse expresamente a favor de cuál de sus señores se dirigía la *stipulatio*. De allí que en estos supuestos puede identificarse una noción de actuación por representación.

Del mismo modo, en las fuentes aparece también como posible que, en el cumplimiento de un contrato de mandato, el mandatario adquiriera posesión y propiedad para su mandante si recibía la cosa con mención expresa de éste. Aquí también, aunque la gestión del mandatario se entiende típicamente que se realiza a nombre propio, si se nombra a la persona del mandante y la transferencia del dominio se lleva a cabo a su favor, nos encontramos frente a un supuesto perfecto de representación directa. En tal sentido, al tener en cuenta que la *stipulatio* era una forma muy frecuente de adquirir bienes para el acreedor, no cabe duda de que se encontraba comprendida dentro de los alcances de la regla de adquisición a través del mandatario.

Por último, de la revisión de las fuentes se aprecia que la representación directa fue ganando espacio en el derecho romano justiniano a través de las gestiones del mandatario en los actos de administración, como cuando se le reconocía facultades con eficacia directa sobre su mandante, al realizar pagos por las obligaciones de su mandante, recibir pagos de los deudores, realizar cobros, permutar bienes o disponer de los frutos de los bienes administrados. Todas estas situaciones, aunque puedan considerarse como administración, implicaban en la mayoría de casos que el mandatario actuara en nombre de su mandante.

Luego de este breve repaso por las excepciones de la máxima *alteri stipulari nemo potest* y de los supuestos de actuaciones del mandatario

con efectos de una representación directa, podemos afirmar que el fenómeno de la representación no era completamente desconocida ni rechazada por los romanos.

VII. Referencias bibliográficas

DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. 2ª edición. Buenos Aires: Depalma.

ESPITIA GARZÓN, F. (2016). *Historia del Derecho Romano*. 5ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2016). *Derecho Privado Romano*. 9ª edición. Madrid: Iustel.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2007). *Sistema Contractual Romano*. 3ª edición. Madrid: Dykinson.

GARCÍA DEL CORRAL, I. L. (1889-1898). *Cuerpo del Derecho Civil Romano a doble texto, traducido al castellano del latino*. Seis volúmenes. Barcelona: Jaime Molinas.

GUZMÁN BRITO, A. (1997). *Derecho Privado Romano*. Tomo II. Santiago: Ediciones Jurídicas.

IGLESIAS, J. (1990). *Derecho Romano: Historia e Instituciones*. 10ª edición. Barcelona: Ariel.

HINESTROSA, F. (2008). *La Representación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- ORTÍZ MÁRQUEZ, J. (1968). *Comentarios a las Instituciones de Goyo*. Bogotá: Tercer Mundo.
- PÉREZ MARTÍN, A. (1994). Mandato y representación en el derecho histórico. *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, (12), pp. 205-264.
- PETRUCCI, A. (2018). De los representantes en el derecho romano a la noción unitaria de representación negocial: etapas de la formación de una categoría general. *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 42(42), pp. 325-353.
- SANSÓN RODRIGUEZ, M. V. (2012). Reflexiones sobre la representación en el Derecho romano clásico y sobre *la actio ad exemplum institoriae*. *Revista General de Derecho Romano*, (19). https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=412740&texto=.
- SANSÓN RODRIGUEZ, M. V. (2000). La *stipulatio alteri* en el Derecho romano. *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de la Laguna*, (19), pp. 291-308.
- SCIALOJA, V. (2022). *Negocios Jurídicos*. Traducción de F. de Pelsmaecker. Santiago: Olejnik.

El principio de la autonomía de la voluntad en los actos de disposición sobre el propio cuerpo

Por Susana Isabel Estrada⁴⁷⁴

I. Introducción

El tema del presente trabajo guarda estrecha relación con el presentado en el VIII Congreso de Principios Generales, ya que ambos tratan la capacidad de los menores para consentir prácticas sobre el propio cuerpo. Esta vez, están enfocadas en los tratamientos de transición de género (bloqueos de pubertad, hormonización cruzada y cirugías) en menores de 18 años.

⁴⁷⁴ Profesora Titular en la Universidad Católica de Santiago del Estero. Profesora adjunta a/c cátedra en la Universidad Nacional de Tucumán. Profesora de posgrado Carrera especialización aprobada por CONEAU, Facultad de Medicina UNT. Directora de proyecto de investigación PIUNT L-711. Miembro de ADRA, AIDROM, ASLA y AADEC.

El transgénero y otras migraciones de género como prácticas médicas han estado transversalizadas por cuestiones de bioética desde sus inicios. Es por eso que esta disciplina ocupa un rol protagónico y un valioso aporte para hacer un análisis integral, contextual y con perspectiva multidisciplinar respecto a un ejercicio autónomo razonable de los derechos.

A propósito de ello, desde que se ha promulgado la llamada Ley de Identidad de Género, en nuestro país madres y padres de niños y adolescentes con disforia de género se han organizado en agrupaciones y vienen reclamando la reforma de la misma para proteger a sus hijos menores de edad y adolescentes.

El derecho a recibir información acerca del diagnóstico se configuró en el siglo veinte, dejando de lado el paternalismo médico para dar paso a la autodeterminación del sujeto paciente. La transición del paternalismo a la autodeterminación ha fortalecido la idea de autonomía como pauta esencial para la determinación del ejercicio de los derechos por parte de los menores. La autonomía del menor no se alista en el terreno de la capacidad jurídica, sino que se identifica con la noción bioética de competencia, conformada a partir del desarrollo de una conciencia reflexiva, libre, con aptitud para aprehender y comprender la información recibida y adoptar una decisión razonada.

Los innegables vínculos que la bioética presenta con el derecho se observan fuertemente en esta área, pudiendo notar cómo el conglomerado jurídico que reúne los derechos de los menores resulta profundamente ligado con los principios bioéticos y ampliamente comprendido a la luz de ellos.

La autonomía no excluye la protección, sino que la complementa en el contexto de la vulnerabilidad que rodea al menor de esa franja etaria. Los vertiginosos avances de la ciencia y el crecimiento exponencial de determinados riesgos a los que puede verse sometida la persona humana, en un escenario en que una concepción fundada solo y prioritariamente en la autonomía como eje nodal, resulta

insuficiente en términos de protección. Es así que la protección diferencial que contempla la noción de vulnerabilidad aparece como un mecanismo equilibrante para la ideologización, que es una forma de vulnerar.

Por lo tanto, cierta dosis de paternalismo es conveniente no solo frente a condiciones particulares, sino también en el contexto de la marcada vulnerabilidad del menor.

El principio bioético de “autonomía” fue enunciado originariamente como de “respeto por la persona” y, aunque pareciera que se trata solo de un cambio de expresión terminológica, no son enunciados equivalentes, ni tuvieron significación análoga en el devenir de su evolución, porque no siempre en el ejercicio de la autonomía de la voluntad se respeta a la persona como totalidad unificada.

Resulta válida una reflexión de Diego Gracia cuando dice: “Detrás de todo ‘saber’ existe siempre ‘poder’, de modo que al unirse ‘saber’ y ‘poder’ ambos se potencian recíprocamente, tanto en forma fructífera como peligrosa, generando de esa manera una imperiosa apelación a una instancia mediadora: el ‘deber’”.

Para que el poder no prevalezca sobre el deber se requiere una participación activa por parte del sujeto con pleno discernimiento en la toma de decisiones que conciernen a su cuerpo, a su salud, a su vida, a su libertad, cuestión que será de análisis respecto de los menores en la práctica de transición de género.

La forma en que la dignidad del sujeto fue avasallada utilizándolo como objeto de la ciencia para participar en un ensayo clínico⁴⁷⁵ sin

⁴⁷⁵ Vale destacar casos trágicos, sobre todo en materia de medicamentos con efectos teratogénicos, siendo uno de los más paradigmáticos los ocurridos con el suministro de la talidomida (somnífero) que produjo malformaciones congénitas como reacción adversa, en 1953 por parte de una compañía farmacéutica suiza y luego en 1954 por otra alemana, hasta que en 1961 el medicamento fue retirado de la comercialización. A consecuencia de ello se promulgó en la 18° Asamblea

respetar su autonomía generó el interrogante acerca de la eticidad de la intervención de sujetos sanos en la investigación biomédica.

Esta cuestión se subsanó al sancionarse en 1947 el Código de Núremberg, que en la recomendación N° 1 establece: “Es absolutamente esencial el consentimiento voluntario del sujeto humano”. A partir de entonces, el principio de autonomía es el que permitió que un sujeto participe en un protocolo de investigación siempre que consienta autónomamente tanto para ingresar como para retirarse del estudio.

Han desaparecido las formas de coerción física y privación de libertad ocurridas en el siglo pasado en la experimentación biomédica en seres humanos sanos, pero han comenzado a practicarse otros métodos más sofisticados, por los que se induce, persuade o se somete a los sujetos sanos, menores de edad, a participar en una investigación, ejerciendo alguna forma de poder subliminal sobre ellos.

II. La autonomía de la voluntad en la Antigüedad romana

En la antigua Roma no tuvieron la misma significación autonomía y respeto por la persona, si bien los dos están presentes en las fuentes romanas.

Basta con mencionar un pasaje de las fuentes que comportaba un exceso de autonomía y vulneraba a la persona de la víctima: el de la *iniuria*. Si bien era considerada un acto contrario a derecho, por disposiciones edictales se atenuó sus efectos con el perdón del ofendido o su reconciliación con el autor del delito, lo que borraba la

Médica Mundial, la Declaración de Helsinki, normando las investigaciones en humanos. (www.fisterra.com/material/investiga/declaración_helsinki.htm).

iniuria inferida. El jurisconsulto Ulpiano lo dejó sentado en el pasaje que regula la acción de injurias en el caso de venta del hijo propio: “*Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiam sit volentem filium quis vendiderit patri suo quidem nomine competit iniuriarum actio, filii vero nomine non competit, quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat*” (Dig. 47.10. 1, 5).⁴⁷⁶ “Mas de tal modo afecta a nuestro decoro la injuria, que se les hace a nuestros descendientes, que aunque alguno hubiere vendido un hijo, queriéndolo este, le compete al padre ciertamente en su propio nombre la acción de injurias, porque no es injuria alguna la que se le hace al que la quiere” (García del Corral, 1892, T. III, p. 692).

De ahí surgió la regla “*Volenti non fit iniuria*” (No se hace injusticia al que la consiente), que encontramos en múltiples fragmentos del *Corpus Iuris Civilis*. Ella resume a ultranza el respeto por la autonomía privada, porque tratándose de derechos subjetivos disponibles, el consentimiento del titular excluía la ilicitud del acto.

Los romanos expresaron el principio general en la máxima “*pacta sunt servanda*”, que se flexibilizó mediante la expresión “*rebus sic stantibus*”.⁴⁷⁷ Este es un principio de derecho natural, perdurable e invariable. El mismo se atribuye también a Ulpiano: “*Ait Praetor: PACTA CONVENTA, QUAE NEQUE DOLO MALO, NEQUE ADVERSUS LEGES, PLEBISCITA, SENATUSCONSULTA, EDICTA PRINCIPUM NEQUE QUO FRAUS CUI EORUM FIAT, FACTA ERUNT, SERVABO*” (Dig. 2. 1., 7. 7).⁴⁷⁸ “Dice el Pretor: Mantendré los pactos convenidos que no se hubieren hecho ni con dolo malo, ni

⁴⁷⁶ GARCÍA DEL CORRAL, I., (1892), *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. T. III. Barcelona: Jaime Molinas, p. 692.

⁴⁷⁷ Esta expresión se habría originado en “*De beneficiis*” de Séneca cuando expresa “*omnibus his manentibus*” que puede traducirse como: permaneciendo las cosas en el mismo estado. (Conf. VÁZQUEZ H., 2004, p. 14).

⁴⁷⁸ GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, T. I, p. 277.

contra las Leyes, Plebiscitos, Senadoconsultos, Edictos de los Príncipes, y por los que no se cometa fraude contra cualquiera de ellos” (García del Corral, 1892, T. I, p 277).

Luego en las normas imperantes en el derecho honorario y su confirmación en la jurisprudencia clásica se tomaba en cuenta, más que la manifestación de voluntad en sí, el interés superior protegido mediante esa voluntad exteriorizada. Pero la excepción sentada en Digesto 47. 10. 1. 5 conservó vigencia.

El principio de “respeto por la persona” encuentra su basamento primero en un principio de libertad natural del hombre en el que está inmanente la idea de limitación tanto respecto de la libertad política como de la libertad civil, y por ello la libertad pudo ser en Roma uno de los pilares del ordenamiento jurídico.⁴⁷⁹

El respeto por la persona es una manifestación intrínseca de la virtud de la *humanitas* a la que Cicerón la considera como: “[...] aquella que consiste en respetar a todo hombre por el solo hecho de que es nuestro semejante” (Cicerón, 1989, p. 49).⁴⁸⁰

En el teatro de Terencio se la considera como la adherencia a la propia naturaleza del hombre y el reconocimiento de una naturaleza común a todos los hombres (Quadrini, 1989).⁴⁸¹

El concepto de *humanitas*, como la mayor parte de los conceptos filosóficos –*dignitas*, *gravitas*, *pietas*, *amicitia*– que hablan de una concepción romana de la ética, fue transmitido por Cicerón. Él fue quien acuñó el término *humanitas*, que se exterioriza en un comportamiento conforme con la naturaleza humana y en un trato considerado hacia los demás, favoreciendo el desarrollo de

⁴⁷⁹ SCHULZ, F. (1990). *Principios del Derecho Romano* (p. 164). Madrid: Universidad Complutense.

⁴⁸⁰ CICERÓN, M. T. (1989), *Las Leyes* (p. 49). Madrid: Alianza Editorial.

⁴⁸¹ QUADRINI, U. (1989). Concepto de *humanitas* en Cicerón. *ITER Encuentros*, (1), p. 164.

la personalidad ajena. Con ocasión de la búsqueda de los orígenes del derecho expresaba frente sus interlocutores Quinto y Ático en *De Legibus*:

[...] que hemos nacido para la justicia y que el Derecho no se funda en las convenciones sino en la Naturaleza. Esto resultará evidente para quien considere los vínculos sociales y la unión de hombres entre sí. Pues no hay cosa alguna que sea tan semejante o tan igual a otra como somos nosotros los hombres, cada uno con respecto a todos los demás (Ciceron, 1989, p 179).⁴⁸²

Para Cicerón lo que constituye la esencia del ser humano es su dignidad, es decir, la conciencia de su propio valor y el reconocimiento de aquellas características más connaturalmente humanas que lo elevan por sobre los demás seres vivos.

El término *humanitas* ubica a la persona como centro y principio del ordenamiento jurídico, y así está dicho en la Epítome del derecho por Hermogeniano en el Digesto: “*Hermogenianus, libro I, iuris Epitomarum.- Quum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, [...]*”. (Dig. 1. 5. 2)⁴⁸³ “Hermogeniano; Epítome del Derecho, libro I.- Así pues, como todo el derecho haya sido constituido por causa de los hombres [...]”. (García del Corral, 1892, T. I, p. 21).

Es nutrida la variedad de fragmentos que aludían a esta virtud como una forma de protección de la persona en los distintos roles que le correspondía desempeñar en la sociedad. Vale citar al menos uno de ellos que hacía referencia a la condición de deudor: “[...] *ex integro in id, quod facere potest, creditores cum eo experiuntur; inhumanum enim erat, spoliatum fortunis suis in solidum damnari*” (*Inst.*

⁴⁸² CICERÓN, *op. cit.*, p. 179.

⁴⁸³ GARCÍA DEL CORRAL., *op. cit.*, T. I, p. 21.

4, 6, 40).⁴⁸⁴ “[...] proceden los acreedores por la totalidad de lo que puede satisfacer; pues era inhumano que el despojado de su fortuna fuese condenado en el total” (García del Corral, 1892, T. I, p. 144).

La influencia de la idea de humanidad sobre el derecho y sobre la vida jurídica romana no significó que el derecho se disolviera en una fraternidad general, sino que se trató de volverlo más humano, más flexible, más generoso. Toda la historia de Roma fue un continuo y paulatino avance, aunque lento, hacia la humanización del derecho que se tradujo en la tarea legislativa y en la jurisprudencia, iniciada con la labor del pretor y afianzada en el período clásico y posclásico.

Vinculando la *humanitas* como fundamento de la protección de la persona en Roma, podemos proyectarla a la disciplina de la bioética en el principio que estamos analizando.

Ya en la antigüedad romana el jurisconsulto Celso sintetizó en el Digesto la máxima: “PAULUS, libro LXII, ad Edictum. -Non omne, quod licet, honestum est” (Dig. 50. 17. 144).⁴⁸⁵ “Paulo, Comentarios al Edicto, libro LXII.- No todo lo que es lícito es honesto” (García del Corral, 1892, T. III, 956).

Y en el mismo hilo conductor la bioética reconoce que lo técnicamente posible no siempre es moralmente aceptable.

De manera particular encontramos reflejada la *humanitas* en la bioética en el amparo a los más débiles, llamados sujetos “vulnerables”.⁴⁸⁶ De igual modo en Roma el derecho evolucionó, aunque lentamente en defensa de los más débiles: el *nasciturus*, el impúber, el menor púber, la mujer, el plebeyo, el no ciudadano (peregrino y

⁴⁸⁴ *Ibidem*, T. I, p. 144.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, T. III, p. 956.

⁴⁸⁶ Son considerados sujetos vulnerables para la bioética las mujeres, los niños, las embarazadas, las personas de escasos recursos, los privados de libertad, los que se encuentran en relación de subordinación (Conf. HIGHTON E., y WIERZBA, S. p. 87).

latino), el cocontratante del *pater* cuando éste estipulaba a través del *filius*, el deudor y hasta el esclavo.

II. 1. *El paso de la infancia a la pubertad y los menores*

Debido a la escasez de conocimientos sobre la biología del ser humano en la antigua Roma, no todas las fases de la vida del hombre estuvieron delimitadas de modo categórico. La aptitud para ser titular de derechos considerados en sí mismos o para su ejercicio experimentó el influjo de gran número de circunstancias.

El paso de la infancia a la pubertad en los estadios arcaicos de la cultura romana implicaba una transformación que no solo generaba cambios en las relaciones sociales, sino en el *status* ontológico y jurídico.

Siguiendo a Cazeneuve,⁴⁸⁷ se consideraba que las discrepancias en los límites de edad no se debían tanto a motivos biológicos, sino a causas sociológicas determinadas por la salida del ámbito materno para incorporarse al mundo de los adultos, por lo que la madurez sexual no era definitoria. Es decir que habría que hablar de una “pubertad social” más que fisiológica al decir del autor. De tal modo debían interpretarse los signos de madurez sexual, como indicio de que se ponía fin a la infancia y comenzaba la pubertad.

La edad variaba con pequeños márgenes de diferencia, alrededor de los diecisiete años, según testimonian autores clásicos. Suetonio evidencia discrepancias en distintos pasajes de los Doce Césares. Uno relativo a Octavio Augusto (VIII, 1r) da cuenta de ello:

Tenía cuatro años cuando perdió a su padre; a los doce pronunció delante del pueblo reunido, el elogio fúnebre de su abuela Julia; a los diez y seis

⁴⁸⁷ CAZENEUVE, J. (1971). *Sociología del rito* (p. 224). Buenos Aires: Amorrortu.

tomó la toga civil y aunque su edad le exceptuaba aún del servicio recibió recompensas militares el día del triunfo de César por la guerra de África (Suetonio, 1917, p. 83).⁴⁸⁸

Otro fragmento de los Doce Césares, referido a Cayo Calígula X, decía:

[...] permaneció primeramente en la casa de su madre, y cuando desterraron a ésta, en la de su bisabuela Livia Augusta, cuyo elogio fúnebre pronunció en la tribuna de las arengas, llevando todavía la toga pretexta. [...]. A los veintiún años lo llamó Tiberio a Capri, y en un solo día le hizo tomar la toga y cortar la barba, sin otorgarle ninguna de las distinciones con que señaló la entrada de sus hermanos en la vida pública (Suetonio, 1917, p. 206).⁴⁸⁹

La variación en la edad obedecía a que los signos que exteriorizaban la pubertad masculina eran menos evidentes, por lo que era el *pater* quien determinaba ese momento en base a la apariencia física. Para ello era determinante la institución de la patria potestad que diera razones de la expansión social, primero de la adolescencia y después de la juventud.⁴⁹⁰ A partir de entonces, el púber estaba en condiciones de asumir los nuevos *officiis* que le demandaba la vida en sociedad, tanto en la actuación política como en la ceremonia del culto y en el servicio de las armas.

Al llegar al momento del paso de la infancia a la adultez, el niño ofrendaba la *bullā* a los manes y lares domésticos, una bola de metal o de cuero, que pendía de su cuello y la había portado durante

⁴⁸⁸ CAYO SUETONIO T. (1917). *Los Doce Césares* (p. 83). Traducción de F. Norberto Castilla. Madrid: Librería de Perlado Páez.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 206.

⁴⁹⁰ LEVI, G. y SCHMITT, J. (1986). *Historia de los jóvenes* (p. 86). Madrid: Taurus.

toda su infancia. Allí comenzaban los “ritos de la pubertad” que se iniciaban con un ofrecimiento a la diosa *Iuventas* en el Capitolio. La ceremonia constaba de dos momentos. Uno privado, en el que el joven cambiaba la toga *praetexta* con borde púrpura que había vestido durante la infancia por la toga *virilis* blanca del ciudadano romano. Esto significaba el abandono de la vida circumscripita al ámbito familiar bajo la protección de la figura materna, para dar paso a la segunda etapa, en el ámbito público, que consistía en su concurrencia al foro acompañado de sus familiares (*deductio ad Forum*) para inscribir su nombre en la lista de ciudadanos del *Tabularium*.

La aparición de los síntomas de madurez sexual debía interpretarse como un símbolo de que la infancia terminaba y el joven debía ocupar roles como miembro activo de la sociedad. Desde ese momento quedaba incorporado a la vida ciudadana adulta como un *civis* para iniciar el *cursus honorum* en su carrera política, prestar el servicio de las armas en la carrera militar y contraer matrimonio para formar una familia y dar hijos a Roma.

En la antigua Roma y también en Grecia, los indicios de madurez sexual también se veían perturbados por la homosexualidad y existía un porcentaje ínfimo de seres humanos que lo padecían, lo que era considerado un trastorno y no la normalidad.

Un terreno predilecto para confirmar el imperio de la división de los sexos lo constituyó el hermafroditismo. Los casuistas durante el imperio, aun cuando apoyándose en una jurisprudencia republicana e incluso pontifical muy anterior, cuando enunciaron la norma de la división de la humanidad en hombres y mujeres, llegaron a la conclusión de que, para resolver las ambigüedades de la naturaleza, no había otra solución que reducirlas a uno u otro de los sexos establecidos en el derecho. Al andrógino se lo declaraba hombre o mujer tras un cuidadoso examen (*inspectio corporis*) de la parte que en él correspondía a cada sexo.

La cuestión planteada servía para poner en escena la verdad sobre el principio de la división de los sexos. Vgr. ¿tenía derecho el

hermafrodita en tanto hombre a casarse y nombrar heredero al hijo póstumo que eventualmente naciera de su esposa legítima, en los diez meses siguientes a su muerte? Sí, asegura Ulpiano en el Digesto: “*Hermaphroditus plane, si in eo virilia praevallebunt, postumum. Heredem instituere poterit*” (Dig. 28, 2, 6, 2).⁴⁹¹ “A la verdad, el hermafrodita, si en él prevalecieran los órganos viriles, podrá instituir heredero a un póstumo” (García del Corral, 1892, T. II, p. 342).

Otra cuestión que se planteaba era si podía un hermafrodita asistir como testigo a la apertura de un testamento, que en Roma era un oficio viril. Sí, responden las fuentes, pero según la apariencia que presenten sus órganos genitales. La respuesta del derecho es categórica. El hermafrodita no representa un tercer género, sino que se debía tener en cuenta el sexo predominante. “*Ulpianus libro I, ad, Sabinum.-Quaeritur, Hermaphroditum cui comparamus? Et magis putoeius sexus aestimandum, qui in eo praevallet*” (Dig. 1, 5, fr. 10).⁴⁹² “Ulpiano; Comentarios a Sabino, libro I.- Se pregunta, ¿a quién comparamos el hermafrodita? Y juzgo que preferentemente debe ser estimado como del sexo que en él prevalece” (García del Corral. 1892, p. 214).

Pero había que abordar aún la hipótesis de que en el sujeto se presentaran ambos sexos por partes iguales y había que clasificarlos de una u otra manera. La tradición médica antigua planteaba la existencia del *uterque sexus* como una verdadera mezcla de sexos en la que no había por qué decidir. La tradición religiosa trataba este fenómeno en términos de prodigio, como lo muestran las noticias acerca de la expulsión de los hermafroditas, ahogados en el Tiber. Pero el derecho era lo único que podía compeler a integrar a ese ser ambiguo en uno u otro sexo, aun cuando fuere compartido por igual entre ambos.

⁴⁹¹ GARCÍA DEL CORRAL I., *op. cit.*, T.II, p. 342.

⁴⁹² *Ibidem*, T. I, p. 214.

II. 1) La autonomía de la voluntad y la evolución de la aptitud de los menores en las fuentes romanas

Desde siempre se distinguió en Roma entre púberos e impúberos o pupilos, expresión que también se utilizó para designar a quien no estaba sometido al poder paterno, según la definición atribuida a Pomponio en el Digesto, pero esa costumbre no fue absoluta. “*Pomponius, libro singulari Enchiridii.- ‘Pupillus’ est, qui, quum impibes est, desiit in patris potestate esse aut morte, aut emancipatione (Dig. 50, 16, 239)*”. “Pomponio; Manual, libro único.- Es ‘pupilo’ el que, siendo impúbero, dejó de estar bajo la potestad de su padre o por muerte de éste, o por la emancipación” (García del Corral, 1892, p. 942).⁴⁹³

Los impúberos tenían una inhabilidad absoluta y nada podía relevarles de ella; podían por actos jurídicos mejorar su posición pero eran incapaces de enajenar y obligarse. En estos casos se les asignaba un tutor, cuya intervención servía para validar dichos actos.

Como la edad era una de las principales circunstancias que en todos los tiempos había determinado la aptitud de las personas, se estableció que la mujer alcanzaba la pubertad a los doce años, aunque ello no la investía de capacidad plena, sino que su incapacidad pasaba a ser relativa. En tanto, el criterio a adoptar para fijar la edad de la pubertad en el varón al principio dependía del desarrollo físico de cada individuo, pero al ser este parámetro poco preciso e individual, la jurisprudencia intentó fijar esa época de una manera más exacta. Las opiniones al respecto se dividieron entre las dos escuelas de derecho de la época. Los proculeyanos, siguiendo la opinión de los estoicos, consideraron la edad de catorce años cumplidos como la edad de la pubertad. Los sabinianos, en cambio, consideraban necesario un reconocimiento físico (*inspectio corporis*) para determinarla.

⁴⁹³ *Ibidem*, T. IV, p. 942.

196. Masculi autem cum puberes esse coeperiunt, tutela liberantur. quidem nostri praeceptores puberen cum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendi, hoc est, qui generare potest; sed in his, qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt. sed diuersae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est, eum puberem esse existimant, qui XIII annos expleuit (Gayo, *Inst.* I, 196).

196. Los varones quedan libres de la tutela luego que llegan a la pubertad nuestros maestros creen que es púber aquel que por el hábito exterior de su cuerpo manifiesta la pubertad, esto es, la facultad de engendrar. Mas respecto a aquellos que no pueden pubescer, como los espadones, debe esperarse a aquella edad en que por lo general se hacen púberes los hombres. Mas los autores de la escuela opuesta juzgan que la pubertad debe estimarse por los años, y así sólo conceptúan púber al que ha cumplido los catorce (D'Ors, 1943, p. 66).⁴⁹⁴

Finalmente, Justiniano puso fin a la controversia fijando la edad de la pubertad en los catorce años para el varón y en los doce para la mujer.

El derecho romano, siguiendo la marcha de la naturaleza, ha establecido una clasificación particular de las personas variando los diferentes grados de aptitud y los medios de protección. Desde el *ius civile* se reconoció que las personas que por razón de su edad eran incapaces de gobernarse a sí mismas y administrar su patrimonio, debían estar bajo la égida de representantes legales que dirigieran sus actos prestándoles la necesaria asistencia y cooperación, aunque no les daba derecho de corrección o autoridad sobre su persona. Tal exigencia estaba presente entre las líneas de las *Institutas* de Gayo.

⁴⁹⁴ D'ORS, A. (1943). *Gaius, Instituciones* (p. 66). Madrid: Instituto Francisco de Vitoria.

189. *Sed impuberes quidem in tutela esse, omnium civitatum iure contingit; quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur, nec fere ulla civitas est, qua non liceat parentibus, liberis suis impuberibus testamento tutorem dare: quamvis, ut supra diximus, soli cives Romani uideantur tantum liberes in potestate habere* (Gayo, *Inst.* I, 189).

189. El derecho de todas las naciones ha establecido la tutela para los impúberes, porque es conforme a la razón natural que sea dirigido y protegido por un tutor el niño que no esté todavía formado. Apenas habrá ciudad en que no estén autorizados los ascendientes para nombrar tutor en testamento a sus descendientes impúberes, aunque parezca por otra parte que la potestad paterna, como hemos dicho anteriormente, exista solo entre los ciudadanos romanos (D'Ors, 1943, p. 64).⁴⁹⁵

Y también lo sugiere Justiniano: “6. *Impuberes autem in tutela esse, naturali iuri conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur*” (*Inst.* I, 20, 6). “6. Mas es conforme al derecho natural que los impúberes estén en tutela, para que el que no sea mayor de edad sea dirigido por el cuidado de otro” (García del Corral, 1892, p. 23).⁴⁹⁶

El derecho arcaico había centrado su atención en la palabra y en la aptitud para procrear: en la palabra porque los actos se concertaban a través de fórmulas sacramentales que las partes debían pronunciar personalmente y en la aptitud para procrear porque era la finalidad esencial del matrimonio. Se les llamaba infantes, lo que aludía a que no podía o no sabían hablar (*qui fari non possunt*), pero lo que en realidad no sabían era entender el significado de las palabras que pronunciaban.

La jurisprudencia, el derecho pretorio y finalmente el derecho

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 64.

⁴⁹⁶ GARCÍA DEL CORRAL, op. cit., T. I, p. 23.

imperial colocaron al lado de estas consideraciones tomadas del desarrollo corporal, otras de índole intelectual. De esta manera se diferenciaron distintos períodos. Así, se distinguía en la época posclásica entre niños desde el nacimiento hasta los siete años (*infans minor*) y desde los siete años cumplidos hasta los catorce (*infans maior*). Los comprendidos en el primer tramo tenían vedada la realización por sí de cualquier acto jurídico, debiendo actuar siempre a través de sus representantes legales mediante la *gestio*, ya que su incapacidad de obrar era absoluta, aun para realizar actos en ventaja propia. Los que habían cumplido los siete años podían contraer obligaciones, transmitir o gravar derechos con la venia del tutor mediante la *auctoritas* porque su incapacidad de obrar había pasado a ser relativa.

La jurisprudencia filosófica, combinando la consideración material con el desarrollo moral, introdujo dentro de la categoría de los infantes mayores, una subdivisión según que el menor estuviera más próximo a los siete años (*infantiae proximi*) o más próximo a los catorce (*pubertati proximi*). A estos ya se les adjudicaba alguna inteligencia de las cosas del derecho (*aliquem intellectum habent*) pero no el juicio (*animi iudicium*). Tal subclasificación, cuyos términos no estaban por lo demás fijados por la ley, solo tenía relevancia respecto a la imputación por los actos ilícitos y muchas legislaciones han incorporado el principio de que se reputan practicados sin discernimiento los actos ilícitos de un menor de diez años. “2. (...) *Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum; et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax*” (Dig. 9, 2, 5, 2). “2. (...) Pero también si un infante hubiera causado el daño, deberá decirse lo mismo. Pero si lo hubiera hecho un impúbero, dice Labeón, que puesto que se obliga por el hurto, queda él obligado también por la ley Aquilia; y opino que esto es verdad, si ya fuera capaz de injuria” (García del Corral, 1892, p. 572).⁴⁹⁷

⁴⁹⁷ GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, T. I, p. 572.

Finalmente, en el Bajo Imperio pareciera que por una Constitución de Teodosio que trataba de la aceptación de las herencias maternas se terminó por asimilar al menor de siete años con el infante.

La llegada de la República incrementó las transacciones comerciales, lo que produjo consecuencias adversas ya que la pubertad fijada a los catorce años era una edad muy temprana para adquirir la madurez intelectual necesaria que le permitiera al púber celebrar por sí negocios jurídicos. Entonces se le permitió pedir al pretor el nombramiento de un curador, cuya asistencia tenía el efecto de validar los actos jurídicos que realizara.

Para proteger a los menores que habiendo llegado a la pubertad no hubiesen cumplido los veinticinco años, la primera medida dictada aproximadamente en el 186 a. C. por el tribuno Plaetorius fue mediante la *lex Plaetoriae* o *Laetoria de circumscriptione adolescentium*, que creaba una acción pública a favor del púber menor de veinticinco años, que podía ser intentada por cualquier ciudadano en contra de quien hubiere abusado de la inexperiencia del menor, sancionándolo con la tacha de infamia y la imposición de una pena pecuniaria elevada. La ley también creó como medio de defensa la *exceptio legis Plaetoriae* para que el menor púber pudiera enervar la pretensión de la contraparte cuando fuera demandado.

No obstante, el medio de protección creado por la *lex Plaetoriae* con el tiempo resultó insuficiente porque el negocio realizado era válido y el menor no tenía medios procesales para obtener el resarcimiento por los perjuicios económicos que el negocio le hubiera causado.

Finalmente, la capacidad de obrar del menor púber fue asimilada a la del impúber, y ya en época de Justiniano, la plena aptitud jurídica se alcanzaba a los veinticinco años.

III. La autonomía de la voluntad en la legislación argentina

Los alcances de la autonomía de la voluntad como fuente de derechos y obligaciones para la autorregulación de intereses privados nunca fueron absolutos. Estuvieron enmarcados dentro de límites impuestos no solo por el orden público (institucional, social, económico), sino también por el derecho privado (presupuestos, elementos, formalidades), sin perder de vista el rol protagónico que tuvo la buena fe en la integración de la voluntad.⁴⁹⁸

La exteriorización de la voluntad se materializa a través del consentimiento. En el derecho argentino se comenzó hablando simplemente de “consentimiento”, pero alrededor de los años ochenta la doctrina, y en gran parte la jurisprudencia, han comenzado a inclinarse a favor del criterio acerca del cual el consentimiento dado debería ir precedido de un proceso de información y de comprensión, previo a la exteriorización de la manifestación de voluntad por parte del sujeto, lo que se ha generalizado con la denominación de “consentimiento informado”.

En nuestro país, el reconocimiento y protección de la autonomía de la voluntad se halla consagrada en varias disposiciones de la Constitución Nacional. Así, el artículo 19 consagra la autodeterminación a través de la protección de la esfera privada de la persona, el artículo 33 protege los llamados derechos implícitos, el artículo 42 incorpora el derecho de usuarios y consumidores a la protección de su salud y a una información adecuada y veraz, el artículo 75, inc. 22, particularmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12), ha tornado aplicable en nuestro país los documentos de la Asociación Médica Mundial de 1964 (Declaración de Helsinki) en todo lo que no esté previsto en la legislación interna.

⁴⁹⁸ DE LOS MOZOS, J. (1965). *El principio de la buena fe* (p. 123). Barcelona: Civitas.

En el derecho argentino hasta 2015 no existía en el Código Civil una norma expresa que exteriorice la autonomía de la voluntad mediante el requisito del “consentimiento” ni del “consentimiento informado” ni en el área de la práctica médica ni en la investigación experimental. La regulación en el Código de Vélez Sarsfield estuvo más orientada a los derechos patrimoniales que a los derechos de la persona porque el respeto de estos estaba implícito, sin necesidad de una norma expresa que los exteriorizara. No obstante, a esas relaciones se aplicaban las normas generales para los hechos y actos jurídicos.

El Código Civil y Comercial de la Nación de 2015 mantuvo en términos generales los requisitos para el acto voluntario que tenía el código de Vélez en el artículo 897. El consentimiento brindado por el sujeto para que fuera válido requería una toma de decisión con voluntariedad y entendimiento y las exigencias de discernimiento, intención y libertad. El Código vigente, en el artículo 260, exige iguales requisitos que el mencionado artículo 897.

Con respecto a los actos sobre el propio cuerpo, la manifestación de voluntad del sujeto resulta fundamental.

El Código introdujo el “abuso de posición dominante” (artículo 11) con aplicación específica para las relaciones de mercado, pero bastaría probar la inequidad para aplicarlo a otros escenarios de posición dominante, tales como los sujetos vulnerables entre los que se encuentran los menores de edad. Y, en estrecha conexión, el artículo 10 trata el abuso de derecho que se configura cuando un derecho es ejercido con aprovechamiento de unos y afectación de los derechos de otros, lo que vicia la manifestación de voluntad.

La regulación de los “Derechos y actos personalísimos” (libro 1º, título I, capítulo 3, arts. 51 a 61 y 69) declara la inviolabilidad de la persona, el respeto a la dignidad y a la imagen. En relación a los actos de disposición sobre el propio cuerpo, el Código, con buen criterio (artículo 56), establece que están prohibidos los que ocasionen una disminución permanente de su integridad o sean contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que

sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona. La prohibición se extendió (artículo 57) a la práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a la descendencia. Con relación a las investigaciones en seres humanos, el artículo 58 establece una serie de requisitos para poder llevarlas a cabo, cuando se trate de investigaciones cuya eficacia no esté comprobada científicamente. Establece:

(...) f.- contar con consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable (Código Civil y Comercial, p. 15).⁴⁹⁹

Los artículos 25 y 26, al tratar del menor de edad, crearon la categoría del “adolescente”. Vale recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por Argentina, en el artículo 1 dice: “Es niño todo ser humano menor de dieciocho años”. Nuestro país, al aprobar tal Convención el 22 de octubre de 1990 mediante la ley 23849 en su artículo 2, declaró que el artículo 1 de la Convención debía interpretarse en el sentido que se entiende por niño “todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad”, reserva plenamente válida y vigente conforme lo dispuesto en el artículo 51 de la misma Convención.

Por lo tanto, la Convención de los Derechos del Niño tiene jerarquía constitucional y conforme a ella se es menor de edad hasta los dieciocho años, y desde el punto de vista bioético, el menor de edad es considerado un sujeto vulnerable.

⁴⁹⁹ HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Infojus.

Reiterando el análisis de los artículos del Código relativos al ejercicio de los derechos por los menores, vertido en el VIII Congreso de Principios Generales,⁵⁰⁰ el artículo 24 en el inciso b) enumera las personas incapaces de ejercicio y entre ellos: “(...) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2ª de este capítulo (...)”.⁵⁰¹

El artículo 26 en el 1º párrafo expresa: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”. Y el artículo 101, inciso b), enumera a quienes se considera representantes legales y reza: “Son representantes: (...) b) de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe (...)”.

Complementando lo relativo al tutor, el artículo 104 establece: “La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental (...)”. Retomando el análisis del artículo 26, en sus párrafos 2º y 3º establecen:

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. (...).

⁵⁰⁰ ESTRADA, S. (2022). La relación *pater-filius* desafíos en el ejercicio de la autonomía del menor. *Estudio sobre Principios Generales y Derecho Romano. Volumen 1* (pp. 258-276). Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores.

⁵⁰¹ Infojus, Sistema Argentino de Informática Jurídica, p. 8.

El principio general enunciado en el artículo 26, 1° párrafo, en consonancia con lo dispuesto en el 101, inc. b), y el 104 en cuanto al ejercicio de los derechos de los menores a través de sus representantes legales, devendría contradictorio con la excepción introducida en el artículo 26, 2° párrafo, que habilita al menor de edad a actuar sin la intervención de sus representantes legales y aún contra la voluntad de éstos con asistencia letrada de un tercero extraño. Ese tercero carecería de aptitud y conocimientos para dar cuenta de los antecedentes familiares del menor, un elemento central en la práctica clínica ya que se trata de prácticas sobre el propio cuerpo del menor. Desconoce datos genéticos, características hereditarias, particularidades durante la gestación, estilo y condiciones de vida, entorno familiar, historia psicosocial del menor, entre muchos otros aspectos que se deben tener en cuenta.

Otra objeción al artículo 26 la encontramos en el problema interpretativo que genera la expresión “madurez suficiente” para determinar los alcances de las facultades que el Código le otorgó al menor “adolescente”. Se trata de una locución ambigua, impropia de una norma jurídica, la que debería velar por la mayor concisión y un lenguaje inequívoco para evitar tener que dirimir las desavenencias entre el menor y sus representantes en los estrados judiciales.

Continuando con el análisis del artículo 26, la presunción introducida en el 4° párrafo tampoco resulta esclarecedora para la interpretación:

“(…) Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos (...). Si se trata de tratamientos invasivos (...) el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico”.

De la redacción del artículo 26, en los párrafos 2° y 4° analizados, se desprende que en ambos casos la situación podría terminar dirimiéndose judicialmente. Una vez más, la redacción del Código deja la decisión final en manos de los jueces, con una injerencia inusitada del Estado en la vida privada y en la familia.

Conforme el Código Civil y Comercial de 2015, las personas de 16 o más años son considerados como adultos, por lo tanto, las terapias hormonales pueden ser administradas a toda persona a partir de los 16 años con solo su firma en el formulario del consentimiento informado, lo que también está en contravención con la Convención de los Derechos del Niño respecto a la minoridad.

En Argentina, una concepción negacionista de la biología y del binarismo sexual ha llevado en 2012 a la sanción de la Ley 26743, que habilitó al adolescente a partir de los 13 años sin autorización de los padres a someterse a prácticas sobre su cuerpo tendientes a la transición de género, comenzando por el cambio de identidad, continuando con los bloqueos de pubertad y posteriormente la hormonización cruzada y cirugías.

Esa misma concepción ha llevado a los legisladores a dictar la ley para proteger los supuestos intereses de esas minorías obligando al sistema sanitario a ponerlas entre sus prioridades e incluirlas en el Plan Médico Obligatorio. Ello fue seguido de un interés inusitado por introducir en la escuela una educación sexual sesgada, difundiendo entre niños y adolescentes la absurda idea de que la transición de género es natural y hasta deseable, de que sexualmente hablando “somos una página en blanco y podemos diseñarnos como se nos plazca”. La ideología transgénero se ha difundido y ha permeado en todas las esferas de la vida social, asociaciones, gobierno y medios.

El Código Civil y Comercial que se puso en vigencia en 2015 ya fue gestándose en esa tesitura desde la elaboración del anteproyecto y luego reafirmó lo que se posibilitó mediante la Ley 26.743/2012 llamada de identidad de género. Es así que en virtud del 4° párrafo del artículo 26 del Código cualquier adolescente a partir de los 13

años sin autorización de los padres podía recurrir a la transición de género hasta la sanción del DNU N° 62/2025.

Como venimos sosteniendo en el análisis del artículo 26, puntualizamos otra ambigüedad. Habla de “cuidado” del cuerpo y es difícil clasificar, por ejemplo, una doble mastectomía en una adolescente de 16 años que se siente varón, como una práctica de “cuidado”. Y una contradicción incontestable con el artículo 56, que establece: **están prohibidos los que ocasionen una disminución permanente de su integridad.**⁵⁰²

Mediante dicha norma legal se habilitó a toda persona mayor de 18 años de edad a acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género “autopercebida”, y ello sin autorización judicial o administrativa. Para los menores de edad se requiere el consentimiento de sus representantes legales. Y, en el caso de la intervención quirúrgica total o parcial en un menor, se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción con todas las prestaciones de salud incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace (artículo 11). Pero para el adolescente a partir de los 13 años puede hacerlo sin la intervención de sus padres y en caso de negativa de éstos, con la intervención de un tercero conforme al artículo 26, incisos 2 y 4, del Código Civil y Comercial.

Tales prácticas relacionadas con la transición de género se desarrollaron desde la promulgación de la ley el 23 de mayo 2012 hasta el 6 de febrero de 2025, en que las autoridades gubernamentales se hicieron eco del reclamo social —que comenzó desde que se sancionó la mentada ley— y el Poder Ejecutivo conforme lo faculta el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional mediante el DNU N°62/2025 prohibió tales prácticas para los menores de 18 años de

⁵⁰² El resaltado es nuestro.

edad (artículo 1) en armonía con lo que prescribe la Convención de los Derechos del Niño en cuanto a la minoridad.

En virtud de lo dispuesto por la Ley 26.743/2012 y los artículos analizados del Código Civil y Comercial vigente desde 2015 que ratifican el ejercicio de tal derecho por menores de edad, a pesar de estar en abierta contravención a lo dispuesto por la Convención de los Derechos del Niño, se posibilitó que un niño que dice ser niña o que un adolescente confundido sobre su sexualidad, pudieran ser sometidos a prácticas invasivas de consecuencias y efectos devastadores e irreversibles para su cuerpo y su salud física y mental.

El paso siguiente a la manifestación del menor o adolescente que dice sentirse del sexo opuesto es la derivación a un endocrinólogo para iniciar lo que se llama bloqueo puberal, es decir lisa y llanamente detener el desarrollo sexual de una persona físicamente sana. Entre los efectos adversos verificados⁵⁰³ se cita cefalea, molestias gastrointestinales, inflamación en el lugar de aplicación, mareo, fatiga, cambios de humor y compromiso de la fertilidad. Otros posibles efectos adversos, que aún están en estudio, son la disminución en la velocidad de crecimiento de la talla durante su uso y la desproporción de los segmentos corporales. Estos efectos demuestran que tales tratamientos están aún en etapa experimental y no se tiene suficiente evidencia de sus efectos a largo plazo. La justificación de la supresión temprana de la pubertad sigue sin estar clara y la evidencia sobre su impacto en la disforia de género y en la salud mental o psicosocial es débil. Se desconoce el efecto sobre el desarrollo cognitivo y psicosexual.⁵⁰⁴

⁵⁰³ Atención Integral de la Salud de Niñxs (sic) y Adolescentes Trans (2023), texto oficial del Ministerio de Salud de la provincia de Buenos Aires. <https://www.ms.gba.gov.ar>sitios>sites>2023/12> (Consultado el 20 febrero de 2025).

⁵⁰⁴ Independent+review+of+gender+identity+services+for+children+and+Young+people &rlz=1C1LENN_enAR525AR525&oq=Hilary+Cass%2C. (Abril 2024). <https://cass.independent-review.uk/home/publications/final-report/> (Consulta el 20 febrero de 2025).

La etapa siguiente de la transición y la más categóricamente irreversible es la ablación de órganos sanos y el reemplazo por órganos del sexo contrario fabricados artificialmente.

Se trata de un proceso complejo en el que se recomienda apoyar al paciente desde varias especialidades, sobre todo si implica tomar decisiones de posibles intervenciones quirúrgicas.⁵⁰⁵ El proceso de confirmación de género es complejo y la decisión de recurrir a una cirugía debe de ir acompañada del asesoramiento de profesionales de otras disciplinas, tales como la psiquiatría, la psicología, la endocrinología, la ginecología, la urología, la medicina interna o la otorrinolaringología.⁵⁰⁶

Teniendo en cuenta que estas prácticas se encuentran en fase experimental, se está experimentando con menores de edad sanos. Esta es una de las conclusiones a la que arribó el informe Cass porque todos los tratamientos hechos hasta ahora con bloqueadores de pubertad han sido experimentales. La realidad es que estos tratamientos se aplicaban y se siguen aplicando sin el suficiente respeto por el rigor científico ni por las normas de la ética médica.

La Ley 26.743/2012, que carece de sustento científico y racionalidad, posibilitó tales prácticas en el absurdo entendimiento de que el sexo biológico es un accidente o una asignación arbitraria al momento de nacer y que cada cual tiene una vivencia interna de su sexo y, por lo tanto, el derecho a modificar sus registros legales y su cuerpo para ajustarlos a esa subjetividad. La sola formulación evidencia el absurdo: el sexo no se asigna, el sexo es.

Los reclamos de padres de niños y adolescentes con problemas

⁵⁰⁵ <https://www.tucanaldesalud.es/es/tecnología/articulos/cirugias-cambio-sexo-detalle>. (Consultado el 20 de febrero 2025)

⁵⁰⁶ MENEU, J. (2019, 11 de octubre). Las claves de la cirugía de reasignación de sexo. *Quironsalud*. <https://www.quironsalud.com/blogs/es/blogbisturi/claves-cirugia-reasignacion-sexo>.

de disforia de género comenzaron desde que se sancionó la ley en 2012, porque ella degradó la autoridad paterna avalando el capricho o trastorno de menores confundidos debido a la influencia de una doctrina de moda exportada de otros lugares. En 2022, padres de niños y adolescentes conformaron la agrupación MANADA Argentina (Madres de Niñas y Adolescentes con Disforia de Género Acelerado) con el objetivo de buscar respuestas a una lucha traumática no reconocida, a la que la escuela y los psicólogos se plegaron, unos convencidos, otros obligados.

Si bien con el DNU se ha dado un paso importante porque pone a los menores a salvo de tratamientos de hormonas cruzadas e intervenciones quirúrgicas de mutilación de órganos sanos que tienen efectos secundarios graves e irreversibles y que los convierten en pacientes de por vida, se debería avanzar ante todo adecuando el Código Civil y Comercial, legislando otros aspectos tales como la transición social, que sigue vigente y no es inocua, el ámbito escolar con la eliminación del contenido de los textos de la ESI, el control sobre todos los medios de publicidad que difunden, propagan y promueven estas prácticas en menores de edad.

En 2020 The National Health Service (NHS) encargó a la Dra. Hilary Cass, ex presidenta del Real Colegio de Pediatría, la elaboración de un informe que presentó con la cooperación de la Universidad de York en abril de 2024 titulado “Independent review of gender identity services for children and Young people”.⁵⁰⁷ Se trata de un extenso trabajo de revisión de casi 400 páginas en el que se ofrecen recomendaciones de cómo mejorar los servicios de identidad de género y garantizar que los niños y adolescentes que cuestionan su identidad de género tengan la mejor asistencia posible. El citado informe pone

⁵⁰⁷ DE CELIS SIERRA, M., (2024). La transición médica de menores, en cuestión: hablemos de la Revisión Cass. *Clínica Contemporánea*, 15(3), pp. 1-10. <https://doi.org/10.5093/cc2024a22>.

de relieve los muchos errores de las estrategias seguidas hasta el momento por la mayoría de los países con los tratamientos de reasignación de género en menores. Se trata de una compleja interacción de factores biológicos, psicológicos y sociales. Este equilibrio de factores será diferente en cada individuo.⁵⁰⁸ Se denuncia que los servicios que los brindan ni siquiera conservan bases de datos apropiadas como para asentar conclusiones científicas.

Respecto a la transición social, el informe ha efectuado una revisión de los sistemas de atención de menores con disforia de género a lo largo de cuatro años y llegó a la conclusión de que la transición social (cambio de nombre y de pronombres por los autopercebidos, etc.) es una intervención activa que puede perturbar el desarrollo de un joven. Al niño o al adolescente se lo está afirmando en algo totalmente subjetivo, en una fantasía y alentándolo a tomar un camino no siempre reversible.

No hay duda de que el denominado *informe Cass* va a cuestionar las políticas de reasignación de género de algunos países y, al mismo tiempo, va a servir para reafirmar los cambios de estrategia en las políticas de reasignación de género que ya comenzaron años antes en el Reino Unido, Suecia, Finlandia o Noruega.

El informe Cass fue recibido con absoluto silencio en nuestro país, no hubo reacción, refutación ni explicación por parte de quienes vienen promoviendo y realizando estas prácticas con absoluta inconsciencia, como si Argentina fuese ajena a la realidad que allí se describe.

Sería muy deseable que, en beneficio de los menores con incongruencia de género, las autoridades argentinas también tuvieran a bien escuchar las recomendaciones del informe Cass, como lo

⁵⁰⁸ [Independent+review+of+gender+identity+services+for+children+and+Young+people&rlz=1C1LENN_enAR525AR525&oq=Hilary+Cass%2C.op-cit.](https://www.cassreport.org/en/Independent+review+of+gender+identity+services+for+children+and+Young+people&rlz=1C1LENN_enAR525AR525&oq=Hilary+Cass%2C.op-cit.) (Consultado el 20 de febrero de 2025).

hicieron los países mencionados. Y, en consecuencia, promover el debate que en el momento de tratamiento de la Ley 26.743/2012 no se dio, a fin de escuchar a todos los actores en una discusión seria, profunda y científica, despojada de ideologías, porque lo que se vino haciendo en Argentina desde que se sancionó la ley fue experimentar con sujetos sanos menores de edad.

La situación de vulnerabilidad en que se colocó al menor amerita una reforma integral del Código Civil y Comercial de la Nación en el derecho de familia, para recuperar nuestras tradiciones, costumbres y modos de vida que forjaron la institución de la familia que perduró durante más de ciento cuarenta y cuatro años desde el Código de Vélez Sarsfield y sus posteriores reformas, hasta el actual.

Basta con citar la eliminación de la institución de la “patria potestad” y, en su reemplazo, la introducción de una figura llamada “responsabilidad parental”, expresión tomada de la lengua inglesa, plasmada en la *Children Act* de 1989,⁵⁰⁹ antecedente que silencia la fundamentación del Código. A modo de justificación, los redactores sostuvieron que:

(...) se considera necesario reemplazar la expresión “patria potestad” por la de “responsabilidad parental”, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. La palabra potestad”, de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la “*potestas*” del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo “responsabilidad” implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores (...).⁵¹⁰

⁵⁰⁹ CHILDREN ACT PART I, SECTION 3 (1989). *Parental responsibility est defined in the Act as “all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of child has in relation to the child and his property.* Recuperado de www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41 (Consultado el 11 de marzo de 2016).

⁵¹⁰ HERRERA, CARAMELO y PICASSO, *op. cit.*

También es significativa la supresión de toda referencia a las palabras “madre” y “padre”, la derogación del poder de corrección de los padres y el deber de respeto y obediencia de los hijos hacia ellos, por evocar la noción de patria potestad, desterrando toda idea de jerarquía.

Otro tanto es la introducción de la facultad de ambos padres, de la delegación de esa responsabilidad parental, en terceros y entre ellos, el llamado “progenitor afín”, un tercero que no guarda ningún vínculo con el menor, por citar solo algunas, y sin entrar en el análisis de figuras que atentan contra la institución familiar. En suma, todas esas reformas tuvieron como objetivo la desintegración de la familia.

IV. Reflexión

La relación *pater-filius* que identificó a la sociedad romana caracterizada por la severidad, rigor y sumisión absoluta del hijo frente a la autoridad absoluta del *pater* se fue transformando en un vínculo de acercamiento, flexibilización y una comunicación más abierta en la sociedad moderna. No obstante, en las últimas décadas se fue despojando a los padres del rol que les compete, menospreciando su autoridad, permitiendo un ejercicio abusivo de los derechos de los hijos, con una inmiscusión desmedida del Estado en la familia, lo que fue plasmado en el Código Civil y Comercial de 2015. Ello posibilitó que los tratamientos de transición de género en menores de edad se llevaran a cabo sin cortapisas hasta la sanción del DNU 62/2025.

El Código que entró a regir en 2015 fue el producto de una planificación que se comenzó a gestar mucho tiempo antes, sembrando el camino para llegar a la configuración actual en el derecho de familia.

Y, en el caso preciso del tema que estamos analizando, posibilitó que un menor de trece años pueda decidir por sí mismo respecto de

un acto sobre su propio cuerpo consistente en el cambio de sexo, sin intervención de sus progenitores y aún en caso de “conflicto de intereses” con ellos, su exclusión y el reemplazo por la asistencia de un tercero letrado, cuyos riesgos ya fueron analizados *ut supra*. Aquí surge el interrogante: ¿un menor de trece años es competente para brindar un consentimiento con discernimiento, intención y libertad para someterse a una práctica invasiva de consecuencias y efectos irreversibles conforme al artículo 260 del Código Civil y Comercial.

La presunción introducida en el 4° párrafo del artículo 26 –en una defectuosa redacción– posibilita que un menor adolescente pueda recurrir a la práctica de la transición de género sin intervención de sus padres, desconociendo que la conducta irracional del adolescente no es la expresión de una opción personal, sino el resultado de su inmadurez cognitiva. Respetar sus deseos ignorando este hecho no es una forma de honrar su autonomía, sino un olvido de su vulnerabilidad, pudiéndole causar perjuicios irremediables.

La creciente tensión que se genera entre el avance científico y la necesidad de encauzarlo en defensa de la vida, la dignidad y la salud del ser humano desde el momento de la concepción hasta su fin natural, requiere la protección del Estado con normas que cumplan lo que se presuma querido para defenderlo, como se expresa en el axioma *voluntas facit legem*, y no con disposiciones que faciliten y promuevan la experimentación con sujetos sanos menores de edad. Estos enfoques ameritarían un debate científico y ético y un mínimo grado de prudencia y de responsabilidad que evite la experimentación con niños.

Las normas introducidas en el Código en esta materia regularon un exceso de autonomía. Reencauzar el principio de la autonomía de la voluntad en los actos de disposición sobre el propio cuerpo en los menores es un reto de la hora actual, tomando en cuenta más que la manifestación de voluntad en sí, el interés superior protegido mediante esa voluntad. Esto no podrá materializarse si no existe un riguroso nivel de seguimiento, supervisión y regulación que no obstruya

el progreso, pero que al mismo tiempo evite la aplicación de tratamientos no probados en la práctica clínica, sobre todo en menores.

V. Referencias bibliográficas

CAYO SUETONIO T. (1917). *Los Doce Césares*. Traducción de F. Norberto Castilla. Madrid: Librería de Perlado Páez.

CAZENEUVE, J. (1971). *Sociología del rito*. Buenos Aires: Amorrortu.

CICERÓN, M. T. (1989). *Las Leyes*. Madrid: Alianza Editorial.

DE CELIS SIERRA, M., (2024). La transición médica de menores, en cuestión: hablemos de la Revisión Cass. *Clínica Contemporánea*, 15(3), pp. 1-10. <https://doi.org/10.5093/cc2024a22>.

DE LOS MOZOS, J. (1965). *El principio de la buena fe*. Barcelona: Civitas.

D'ORS, A. (1943). *Gaius, Instituciones*. Madrid: Instituto Francisco de Vitoria.

ESTRADA, S. (2022). La relación *pater-filius* desafíos en el ejercicio de la autonomía del menor. *Estudio sobre Principios Generales y Derecho Romano. Volumen 1*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores.

GARCÍA DEL CORRAL, I. (1892). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona: Jaime Molinas.

HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Infojus.

LEVI, G. y SCHMITT, J. (1986). *Historia de los jóvenes*. Madrid: Taurus.

MENEU, J. (2019, 11 de octubre). Las claves de la cirugía de reasignación de sexo. *Quironsalud*. <https://www.quironsalud.com/blogs/es/blogbisturi/claves-cirugia-reasignacion-sexo>.

QUADRINI, U. (1989). Concepto de *humanitas* en Cicerón. *ITER Encuentros*, (1), p. 164.

SCHULZ, F. (1990). *Principios del Derecho Romano*. Madrid: Universidad Complutense.

Imperium, potestas y auctoritas en el libro VI del De re publica de Marco Tulio Cicerón

Por Anabella Facciuto Kaed⁵¹¹

I. Introducción

Imperium, potestas y auctoritas configuran una triada inescindible que no puede desconocerse si se busca entender la naturaleza y alcance del poder político en el derecho romano. El diálogo *De re publica*, escrito entre el 54-51 a. C por Marco Tulio Cicerón, constituye un testimonio diáfano de esa doctrina, a partir de una elaboración personal que conjuga elementos de la tradición jurídica

⁵¹¹ Profesora de la materia Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador (USAL), en la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrano (UB) y en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad John F. Kennedy. Profesora de la materia Principios Generales del Derecho Privado del CBC (UBA). Profesora de la materia Introducción al Derecho en la Facultad de Ciencias Económicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA).

romana e ideas cosmológicas y éticas procedentes de la filosofía platónica y estoica de su tiempo. Dentro de esa obra, el último de los seis libros que la componen, conocido como *El sueño de Escipión*, adquiere especial relevancia para el objetivo que aquí nos proponemos, a saber, comprender el significado y las mutuas relaciones que adoptan en dicho texto los términos *imperium*, *potestas* y *auctoritas*.

Tal como señala Raventós, si bien este breve opúsculo ultimaba el tratado en que Cicerón describía el funcionamiento del Estado, por diversos avatares históricos adquirió autonomía más allá de la obra a la que originalmente pertenecía: “Este magnífico colofón adquirió desde muy pronto vida propia —su calidad literaria y su contenido lo permitían—, y se ha venido transmitiendo ininterrumpidamente hasta nuestros días, gracias (...) a los *Comentarios* de Macrobio”.⁵¹²

De manera particular, las reflexiones del presente trabajo están

⁵¹² RAVENTÓS, J. (2005). Introducción. En MACROBIO, *Comentarios al Sueño de Escipión* (p. 14). Madrid: Siruela. *El sueño de Escipión*, que se encontraba dentro del libro VI del *De re publica*, se transmitió a lo largo de los siglos porque aparecía como apéndice en algunos de los más de 230 manuscritos medievales conservados de los *Comentarios* de Macrobio a ese texto ciceroniano, en tanto que los seis libros del *De re publica* estaban perdidos, presumiblemente desde el siglo VII d. C., y de los cuales solo se encontraron varios fragmentos recién en el siglo XIX en un palimpsesto de la Biblioteca Vaticana, publicados por su descubridor, Ángelo Mai, en 1822. Cfr. RAVENTÓS, *op. cit.*, p. 10; D'ORS, A. (2016). Introducción. En CICERÓN, *Sobre la República* (pp. 8-11). Madrid: Gredos. En lo que concierne a Macrobio, los datos biográficos sobre su persona son dispares, siendo objeto de controversia entre los especialistas. Se trata de un escritor pagano (para algunos, convertido en cristiano), que vivió entre la segunda mitad del siglo IV d. C. y la primera mitad del siglo V., y que sería oriundo de África, según la hipótesis más plausible. Para una mejor interiorización a la vida y obra de este autor, se recomienda consultar el erudito trabajo de NAVARRO ANTOLÍN, F. (2006). Introducción. En MACROBIO, *Comentario al Sueño de Escipión de Cicerón* (pp. 7-113). Madrid: Gredos.

guiadas por la hipótesis de que en el libro VI del *De re publica* Cicerón concibe a la *potestas* y al *imperium* como atributos inherentes a ciertas magistraturas, cuyo ejercicio solo puede realizarse de modo recto en la medida que quien haya sido investido de tales facultades posea *auctoritas*: una condición humana particular, una cualificación principalmente moral, propia de aquel que cumple acabadamente con su rol de ciudadano, y lleva a cabo una tarea de perfeccionamiento de su naturaleza individual mediante la práctica de las virtudes, especialmente aquellas de índole política.

Conforme el supuesto antes planteado, el concepto de *auctoritas* implícito en *El sueño de Escipión* —ya que Cicerón nunca se expidió formalmente allí ni en sus otras obras— consiste en un saber práctico sobre la *res publica* o sabiduría que se adquiere por la experiencia en la función pública, unida a un modo de vida ejemplar, que legitimaba las decisiones de quien ejercía el *imperium* o la *potestas*.

Esta hipótesis de trabajo, vale aclarar, amplía una posición bastante difundida sobre el alcance semántico del término *auctoritas* en el ámbito del derecho romano, frecuentemente interpretado como un saber socialmente reconocido que ostentaban ciertos ciudadanos —los senadores y los augures—, gracias al cual estos notables miembros de la sociedad romana podían limitar y hasta anular ciertas decisiones políticas, como si tal autoridad fuera una mera forma de control externo del poder público.⁵¹³

⁵¹³ Esta es la tesis de, por ejemplo, Domingo Osle, cuando afirma que: “El límite, por tanto, del poder no ha de buscarse, conforme al pensamiento romano defendido por Cicerón, *ab intra* sino *ab extra* mediante una instancia de naturaleza distinta que le sirva de control refrendando o censurando los actos de la potestad. Ésta y no otra es la función de la *auctoritas* romana, pieza clave para la estabilidad y armonía de cualquier forma de gobierno”. Cfr. DOMINGO OSLE, R. (2002). La noción de *auctoritas* en *De re publica* de Cicerón. En J. MONSERRAT MOLAS y J. L. PÉREZ FRANCESCH (Eds.). *Idees d'autoritat* (p. 26). Barcelona: INEHCA.

Sin embargo, dicha interpretación no está exenta de problemas. De ser verdadera, hubiera implicado que las opiniones de los miembros del Senado y del Colegio de Augures fueran vinculantes para que el pretendido control fuera real y efectivo, especialmente en aquellas situaciones consideradas trascendentes para los destinos de Roma, como la promulgación de leyes o la declaración de la guerra.

Si bien ello pudo haber ocurrido en tiempos primitivos —durante la monarquía—, con el paso del tiempo y, sobre todo, con el inicio de la República, no existen elementos para aseverar que tanto la opinión de los senadores como los auspicios augurales eran necesarios para validar, si no todos, al menos ciertos actos de gobierno.

En efecto, el alcance de la *auctoritas* senatorial y augural en la antigua Roma varió históricamente, ya que su influjo fue de mayor a menor desde el período monárquico hasta el imperial. Ello no habilita a suponer, por lo demás, que las opiniones de los senadores y augures, por más que fueran de carácter consultivo, se podían contradecir o desoír fácilmente, como si no existiera algún tipo de reprobación social.

Por otra parte, tampoco sería del todo exacto plantear que para Cicerón la *auctoritas* era solo un saber socialmente reconocido, pues tal definición sería sencillamente un reduccionismo que falsearía la doctrina ética del jurista romano, donde la práctica de las virtudes morales en general, y las políticas en particular, tiene un valor central, fundante de la condición humana.⁵¹⁴

Hechas estas aclaraciones, y en orden a explicitar las vías de argumentación que permitirán alcanzar el objetivo de esta investigación, se dividió el escrito en tres secciones. En primer lugar, se ofrece una primera aproximación de tipo semántica para descubrir el significado de los términos *auctoritas*, *imperium* y *potestas* en el contexto del

⁵¹⁴ CORSO DE ESTRADA, L. (2005). La *humanitas* como arquetipo incoado en la filosofía ciceroniana. In *Itinere*, II, 2, pp. 111-120.

derecho romano, cuyas disposiciones eran bien conocidas por Cicerón. En segundo lugar, se determina el lugar de *El sueño de Escipión* en *De re publica*, así como las características generales de este tratado político, a fin de comprender su datación histórica, división interna, finalidad, destinatarios y principales temáticas que allí son abordadas. En tercer y último lugar, se rastrean aquellos pasajes del libro VI del *De re publica* que permiten evidenciar el papel de la *auctoritas* como fundamento o fuente de legitimación del poder (*potestas* e *imperium*) ejercido en el ámbito público.

II. Una primera aproximación a los conceptos de *imperium*, *potestas* y *auctoritas*

En el derecho romano la *potestas* era un atributo que facultaba a quienes lo poseían a tomar decisiones o realizar acciones que tenían un efecto, ya sea en el ámbito público o en el privado. La amplitud o alcance de ese poder era disímil, pues dependía del cargo que los hombres desempeñaban en la función pública o del rol que tenían en la estructura social. Así, para signar esa pluriforme realidad que era el poder, existían dos términos jurídicos específicos: *imperium* y *potestas*, a los que Costa define brevemente como “las facultades que los magistrados republicanos empleaban para ejercer sus funciones”.⁵¹⁵

El *imperium*, ejercido principalmente sobre asuntos civiles y militares, y que hasta incluía tomar decisiones de vida o muerte sobre los ciudadanos (*iudicium de vita necisque*), tenía un alcance más amplio que la *potestas*, más vinculada a cuestiones administrativas y judiciales. Puede decirse, en este sentido, que el *imperium* era

⁵¹⁵ COSTA J. J. (2016). *Manual de Derecho Romano Público y Privado* (p. 49). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

una forma especial de *potestas*, del que gozaban solo las magistraturas mayores.⁵¹⁶

Vale anotar que dicho vocablo siempre hacía referencia a un poder que se ejercía dentro de los límites de la cosa pública. En cambio, la *potestas* designaba una facultad que trascendía la esfera pública, ya que se usaba también para significar el poder que tenían algunos ciudadanos más allá del ámbito del Estado.

A raíz de esto último, en el derecho romano la *potestas* designaba *in recto* el poder ejercido sobre personas o cosas, sin necesariamente implicar el poder soberano del Estado. Algunas manifestaciones específicas de este poder eran la *potestas paterna* (poder del padre sobre los hijos), la *potestas maritalis* (poder del marido sobre la esposa) y la *potestas dominica* (poder del *dominus* o señor sobre los esclavos o la propiedad). Por todo lo dicho, entonces, *potestas* no implicaba necesariamente la capacidad para ejercer la fuerza pública o legislar, sino algo más genérico, a saber, la capacidad de tomar decisiones con efecto jurídico sobre personas o bienes.

Cabe destacar que las magistraturas que participaban del *imperium* eran aquellas consideradas mayores: el consulado, la dictadura, la censura y la pretura. Asimismo, el edil curul también contaba con *imperium*.⁵¹⁷ Solimano expresa que el *imperium* es “un instrumento de gran importancia para los actos de la vida pública romana, que los funcionarios republicanos recibieron de la monarquía y, más específicamente, de la monarquía etrusca”.⁵¹⁸ La autora destaca que “dentro de la amplitud del *imperium* entraba

⁵¹⁶ Ello implicaba, a su vez, que algunas magistraturas menores estaban investidas de *potestas* y no de *imperium*.

⁵¹⁷ LOUZAN DE SOLIMANO, N. D. (2003). *Curso de Historia e Instituciones del Derecho Romano* (p. 59). Buenos Aires: Ediciones Lumiere.

⁵¹⁸ LOUZAN DE SOLIMANO, N. D. (2007). *Nueva clasificación de las magistraturas en Roma*. Buenos Aires: Lumiere, p. 18.

la *iurisdictio*, la intervención del magistrado entre las controversias entre particulares”.⁵¹⁹

Por su parte, Costa afirma que el *imperium* “es el atributo de mando que (...) permite ordenar al pueblo y ser obedecido por éste. Por el mismo, gobierna el Estado, dirige el ejército, convoca y preside el Senado y los comicios, y consulta los auspicios”.⁵²⁰ A aquellas magistraturas que constitucionalmente estaban desprovistas del *imperium* se les confería un poder que era denominado como *potestas*, y que fundamentaba, por cierto, la legitimidad para ejercer las funciones del Estado.⁵²¹ De aquí que la *potestas* sea “la facultad de dirigirse al pueblo con fuerza de ley. Por ella, el magistrado se dirige al pueblo dictando ordenanzas (*ius edicendi*) y administrando justicia en lo civil y criminal (*iurisdictio*)”.⁵²²

A partir de lo dicho hasta aquí, puede advertirse que quien ejercía el *imperium* o la *potestas* en el ámbito público o privado tomaba decisiones que eran reconocidas por el *ius*, es decir, se fundamentaban en un ordenamiento legal y, por lo tanto, tenían una consecuencia jurídica. Precisamente en este punto puede apreciarse la diferencia entre aquellos conceptos y el de *auctoritas*, por cuanto las decisiones u opiniones que se consideraban autorizadas no eran vinculantes, esto es, no tenían impacto a nivel jurídico.⁵²³ El derecho no obligaba a obedecer a alguien por su sola autoridad, más allá de que no fuera bien visto desoír o ir en contra de una persona que gozaba de tal estima y reputación.

En verdad, en el contexto del derecho romano *auctoritas* era el

⁵¹⁹ LOUZAN DE SOLIMANO, *Nueva, op. cit.*, p. 18.

⁵²⁰ COSTA, *op. cit.*, p. 49.

⁵²¹ LOUZAN DE SOLIMANO, *Nueva, op. cit.*, p. 19.

⁵²² J.J. COSTA, *op. cit.*, p. 49.

⁵²³ Esta es la posición prevalente entre los especialistas, sobre todo cuando se piensa en el alcance de la *auctoritas* tras el periodo monárquico y el inicio de la república.

saber socialmente reconocido.⁵²⁴ No es, pues, “un poder de mando que se tenga sobre las tropas y pueda transformar las opiniones propias en coacción, sino un prestigio social tan poderoso que convence de la legitimidad de las propias opiniones”.⁵²⁵ De allí que Mommsen defina a la *auctoritas* romana como “más que un consejo y menos que una orden o como un consejo cuyo cumplimiento no se podía decentemente eludir”.⁵²⁶

García Pelayo (1969) sostiene que la *auctoritas* podía mostrarse adherida a instituciones, cargos o personas.⁵²⁷ Por eso, cuando se dice que el Senado romano tenía *auctoritas* se busca expresar que éste ejercía una influencia significativa basada en su prestigio, experiencia y la tradición de respeto hacia sus decisiones. Los senadores, por cierto, eran generalmente ex magistrados y figuras destacadas con vasta experiencia en asuntos de gobierno, que los convertía en una fuente de consulta ineludible y confiable.

III. El lugar de *El sueño de Escipión* en *De re publica*

Los coloquios ficticios entre Escipión el Africano y sus amigos, personajes que protagonizan el *De re publica*, se sitúan hacia el 129 a. C.,⁵²⁸ momento en que las reformas de los hermanos Graco

⁵²⁴ TORRENT, A. (1995). *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes* (p. 161). Zaragoza, Cooperativa de Artes Gráficas.

⁵²⁵ AMUNATEGUI PERELLÓ, C. F. (2011). *Historia social, política y jurídica de Roma* (p. 22). Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing Chile.

⁵²⁶ Citado en GARCÍA PELAYO, M. (1969). *Auctoritas*. *Revista de la Facultad de Derecho (Caracas)*, (42), p. 12.

⁵²⁷ *Ibidem.*, p. 17.

⁵²⁸ Es decir, dos generaciones anteriores a la fecha de composición de la obra (54-51 a. C.).

introdujeron elementos de igualdad y democracia en la sociedad romana que, a criterio de Escipión, el “vocero” de las ideas de Cicerón en el diálogo, debilitaron las bases de la *res publica*.

La obra constituye un fiel testimonio de la teoría política de la Antigüedad y consta de seis libros. Los dos primeros versan sobre el Estado óptimo desde la visión del autor; los dos siguientes, de sus fundamentos éticos; y los dos últimos, de las características personales que ha de reunir el político encargado de restaurar el Estado óptimo.

Al comienzo del libro I Cicerón manifiesta que su obra es de índole política⁵²⁹ y que persigue un fin práctico, tal como se evidencia en los siguientes pasajes:

Y no basta tener esta fortaleza en teoría, si no se practica. Así como puede ciertamente tenerse la teoría de una ciencia, aunque no se practique, la virtud de la fortaleza consiste enteramente en la práctica, y la práctica principal de la misma es el gobierno de la ciudad, y la realización efectiva, no de palabra, de todas aquellas cosas que éstos predicán en la intimidad de sus reuniones. Porque nada de lo que dicen los filósofos, cuando lo dicen recta y honradamente, dejó de ser actuado y confirmado por los que han sentado las bases justas de las ciudades (*Sobre la República*, I, 2,2).

El ciudadano que es capaz de imponer a todos los demás, con el poder y la coacción de las leyes, lo que los filósofos, con su palabra, difícilmente pueden inculcar a unos pocos, debe ser más estimado que los mismos maestros que enseñan tales cosas. ¿Qué discurso pueden hacer éstos tan perfecto que

⁵²⁹ “He hablado de esto con extensión porque en esta obra me he planteado y me propongo desarrollar el tema de la república, y, para que no resultara inútil, debía antes de nada quitar toda duda sobre la dedicación a la política (...) pues no hay nada en lo que la capacidad humana se acerque más a lo divino que la constitución de nuevas ciudades y la conservación de las ya constituidas.” CICERÓN, *Sobre La República*, I, 7, 12.

sea preferible a una república bien constituida por su derecho y sus costumbres? (*Sobre la República*, I,3).

Lo dicho precedentemente parecería contraponerse con el hecho de que en momentos de creación de su diálogo imaginario el Arpinate había caído en desgracia y no tenía ya la influencia de otrora, es decir, carecía del poder necesario para promover la implementación efectiva de su teoría política en la *urbs* romana.

Desde el punto de vista de su género literario, el *De re publica* es un diálogo político no histórico, es decir, aunque los interlocutores existieron verdaderamente, las conversaciones que se reproducen son ficticias, producto de la imaginación de Cicerón, y a los efectos de poner en boca de los personajes su propio pensamiento político. Como se ha dicho arriba, el portavoz del Arpinate es nada menos que Escipión el Africano, destructor de Cartago y Numancia, y primer ciudadano (*princeps rei publicae*). Con este artilugio literario pudo evitar, entonces, el compromiso de figurar él mismo como protagonista de la obra, escondiéndose en una *auctoritas* respetable y venerada en la memoria de todos.

Por intermedio de su obra el autor busca repeler la resignación política, pues confiaba en que por intermedio de la acción se lograría la salvación de la *res publica*.⁵³⁰ En este marco, pues, se aboga

⁵³⁰ “No dudé en hacer frente a la tempestad y diría que a los mismos rayos para salvar a los ciudadanos y procurar común sosiego a los demás a costa de mis propios riesgos; porque no nos engendró ni educó la patria con la condición de que no pudiera esperar de nosotros unos, diríamos alimentos, y nos procurara ella a nuestro ocio un refugio seguro, sirviendo sólo a nuestra comodidad un lugar tranquilo y en paz, sino que se tomó ella en garantía, para su propio interés, gran parte y lo mejor de nuestro valor, ingenio y prudencia, y nos dejó para nuestra particular provecho tan solo lo que le pudiera sobrar a ella.” CICERÓN, *Sobre la República* I, 4, 7-8.

por la existencia de un político activo “virtuoso” frente a uno que solo filosofe sobre cuestiones meramente teóricas, abstractas, pero incapaz de pasar a la acción o ponerlas en práctica para el bien de la república. De aquí que un político será virtuoso en la medida que contribuya con sus actos a la constitución de nuevas ciudades o a la conservación de las ya existentes.

Esta última tesis resume el conjunto de exhortaciones para ser un buen político que Cicerón transmite en el último libro del *De re publica*, cuya lectura como obra independiente bajo el nombre *El sueño de Escipión* estuvo atada a la suerte histórica de dicho texto, conservado en el Occidente latino gracias al Comentario de Macrobio, según lo ya referido en el apartado introductorio de este trabajo.⁵³¹

A través de *El sueño de Escipión* puede apreciarse cómo Publio Cornelio Escipión Emiliano es dirigido a un lugar reservado en el más allá para el *vir optimus* (óptimo ciudadano). Allí, en ese lugar de privilegio y bienaventuranza, su abuelo adoptivo Publio Cornelio Escipión Africano –el vencedor de Aníbal– y su padre biológico, Lucio Emilio Paulo Macedónico, lo incitan a ser un hombre virtuoso, a amar a la patria y a restarle importancia a la gloria terrenal, vana y pasajera. Con estos consejos, sus ilustres antepasados le enseñan acerca de lo que es necesario saber sobre el género humano, en particular, los deberes cívicos que ha de cumplir y honrar con diligencia y abnegación.

⁵³¹ Es importante destacar que Macrobio perteneció a un destacado grupo de enciclopedistas latinos, quienes entre los siglos IV y VII d. C. se dedicaron a condensar los conocimientos científicos de la Antigüedad. En relación con el método empleado por el autor, Raventós expresa que la obra de Macrobio se parece más a lo que en la actualidad se denomina ensayo, lo que le otorgó mayor libertad de actuación como comentarista. Cfr. RAVENTÓS, *op. cit.*, p. 15.

IV. La *auctoritas* como fundamento del *imperium* y de la *potestas*

En *El Sueño de Escipión*, el significado de *auctoritas* puede rastrearse a través de dos tipos de expresiones lingüísticas. Por un lado, los nombres y apodos o *cognomenes* de los personajes, en cuanto sello o marca de una cualidad invisible, a saber, alguna virtud o excelencia distintiva. Por el otro, los verbos o palabras que denotan acciones prototípicas del buen ciudadano y los adjetivos que expresan aquellas condiciones que deben reunir quien ejerce el poder público, a saber, la *potestas* y el *imperium*.

Sobre lo primero, es decir, la referencia del nombre propio como señal de *auctoritas*, puede leerse al inicio del diálogo onírico entre Publio Cornelio Escipión, apelado el Africano, y su nieto adoptivo Escipión Emiliano Africano, tribuno militar de la cuarta legión (*Sobre la República*, VI, 9, 1), lo siguiente:

¿Ves esa ciudad que yo obligué a obedecer al pueblo romano, pero renueva ahora su antigua guerra y no puede estar tranquila? Y me enseñaba Cartago, desde un lugar alto y estrellado, espléndido y luminoso. Tú vienes ahora para asediarla, siendo poco más que un simple soldado; dentro de dos años la destruirás como cónsul y ese nombre [de Africano] que tienes ahora como sucesor mío te lo habrás ganado por ti mismo. Una vez que hayas aniquilado Cartago, hayas celebrado el triunfo, hayas sido censor, hayas ido como legado a Egipto, Siria, Asia y Grecia, por segunda vez serás elegido cónsul, en tu ausencia, y harás la más terrible guerra: asolarás Numancia (*Sobre la República*, VI, 11,11).

El espíritu de su abuelo adoptivo, general del ejército romano que doblegó a Cartago en la Segunda Guerra Púnica (201 a. C.), se le aparece en sueños y, tras pedirle que no tenga miedo por su fantasmal aparición, le solicita recordar todo lo que le iba a anunciar. Allí se inserta el pasaje citado antes, donde el afamado militar romano,

cuya grandeza como vencedor de Aníbal había quedado inmortalizada con el *cognomen* Africano, le profetiza a Escipión, apenas un soldado al momento del sueño, la eximia carrera política que éste tendría (cónsul, censor, legado...).⁵³²

Solo al término de tan fatigosa carrera y como justa recompensa por su obrar cosecharía un nombre propio, que es como decir ganarse un prestigio social por mérito personal, fruto de las acciones en servicio de la patria: “ese nombre (de Africano) que tienes ahora como sucesor mío te lo habrás ganado por ti mismo.”

Nomen, en latín, es un sustantivo asociado al verbo *nosco*, “empezar a conocer”; al adjetivo *nobilis*, “conocido, ilustre”; al sustantivo *notitia*, “hecho de ser conocido o de conocer”.⁵³³ Así, el nombre de algo, sea una cosa o una persona, es un primer paso para conocer eso que ha sido nombrado. El nombre nos revela la identidad de la cosa mentada. En igual sentido, la alusión al sobrenombre (*cognomen*) revela la gloria del sujeto portador de ese epíteto.

A esto último se refiere Grammatico (1994) con claridad cuando afirma: “La gloria verdadera nace del reconocimiento de una estimación seguramente merecida y audazmente conquistada, y destaca en el hombre aquello que lo ennoblece. El nombre, vehículo de gloria, refleja esa excelencia que resplandece en su conducta y lo sustrae al olvido”.⁵³⁴

Dicha excelencia o nobleza es consecuencia de la praxis política y

⁵³² Un poco más adelante el texto introduce otro cargo público que habrá de desempeñar Escipión: “Cuando tu edad haya cumplido siete veces ocho giros solares...deberás como dictador poner orden en la república” (CICERÓN, *Sobre la República*, VI, 12,12).

⁵³³ GRAMMATICO, G. (1994). El *munus humanum a deo adsignatum* en el *Somnium Scipionis* de Cicerón. En A. ARBEA, G. GRAMMATICO y H. HERRERA CAJAS (Eds.). *Cicerón, un alma ardiente* (p. 192). Santiago de Chile: ITER.

⁵³⁴ GRAMMATICO, *op. cit.*, p. 192.

al modo honesto de obrar, siempre al servicio del bien común. Aquí emerge el otro grupo de elementos discursivos que permiten develar el significado de la *auctoritas* en el texto bajo análisis. Cicerón es muy diáfano respecto de los oficios que incumben a un político y el modo con debe ejercer su función pública. El fundamento último radica en la analogía que traza entre el gobierno divino del mundo y el gobierno humano de la república.

Así, el político ha de obrar siempre con justicia y rectitud, a ejemplo del dios supremo que rige el universo. Por sus acciones ha de salvar a la ciudad y a la patria, y como lo hace ese mismo dios con el mundo que le está sometido, el buen político, encarnado en la figura de Escipión, debe “poner orden en la república” (*Sobre la República*, VI, 12, 2).

A los que encarnen este modelo de ciudadano, solo a ellos, se les promete “cierto lugar determinado en el cielo, donde los bienaventurados gozan de eternidad” (VI, 13, 3). Y el motivo de ese premio o recompensa no es otro que el haber ejercido la función pública de modo ejemplar y valeroso. Esos hombres son los que “conservaron la patria, la asistieron y la aumentaron” (*Sobre la República*, VI, 13, 3).

Los que ordenan, conservan y protegen la patria merecen ese cielo junto a la divinidad, terminado su ciclo por la tierra. Nótese aquí, precisamente, que la palabra *auctoritas* deriva del verbo latino *augere*, que significa aumentar o hacer crecer. El gobernante virtuoso hace crecer, ordena, mejora e incrementa el bien de las “agrupaciones de hombres unidos por el vínculo del derecho, que son las llamadas ciudades” (*Sobre la República*, VI, 13, 3). Tal como afirma Grammatico (1994):

De la res pública [el *summus vir et doctissimus*] auspicia un acrecentamiento fecundo, un sereno equilibrio, una fecundidad (*felicitas*) grata a los dioses. Estos miran, en verdad, con deleite al hombre que acepta la misión de auxiliar al Estado, y que, por el hecho de colocar los cimientos para la fundación de tan admirable institución y de hacerse garante de ella, participa

de algún modo, de su propia autoridad y majestad (*auctoritas* y *maiestas*). El *vir optimus* comparte con ellos el gobierno del mundo, ese *regere* para el cual lo habilita su rectitud (*rectitudo*) merced a la cual mira derecho (*rectus*) hacia la meta.⁵³⁵

Conviene destacar que la ejemplaridad del gobernante justo no es recompensada recién en el más allá, tras la muerte,⁵³⁶ sino que ya en su vida terrenal merece la obediencia y sujeción de los súbditos. Por eso Publio Escipión Africano le profetiza a su nieto adoptivo:

Cuando tu edad haya cumplido siete veces ocho giros solares, y estos dos números, que se tienen los dos como perfectos por distintas razones, hayan completado por natural circuito la edad destinada, la ciudad se volverá entera sólo hacia ti y hacia tu apellido: el Senado tendrá la vista puesta en ti, y todas las personas de honor, los aliados, los latinos; tú serás el único en quien apoyar la salvación de la ciudad, y, para decirlo pronto, deberás como dictador poner orden en la república (*Sobre la República*, VI, 12, 2).

Fijémonos en las siguientes locuciones que aparecen en el citado pasaje: “El Senado tendrá la vista puesta en ti, y todas las personas de honor... Tú serás el único en quien apoyar la salvación de la ciudad”. Lo dicho podría interpretarse en el sentido de que el Senado, la institución máximamente respetable para un ciudadano romano, junto con todos los hombres de honor, convalidarán los actos de gobierno del dictador Escipión.

A su vez, puede pensarse que, si hacen eso, es porque aprueban su accionar en defensa de la república. ¿O acaso el Senado y los ciudadanos más eminentes de la ciudad acatarían las órdenes de un

⁵³⁵ GRAMMATICO, *op. cit.*, p. 195.

⁵³⁶ Para referirse a ella Cicerón emplea el verbo emigrar: “*ex hac vita migro*” (*Sobre la República*, VI, 9, 1).

tirano, de alguien que gobierna injustamente o en provecho propio, y no para engrandecer la patria, cuidarla y aumentarla?

En verdad, el depositario del poder absoluto que detenta el *dictator* tiene que ser, en palabras de Cicerón, un hombre de la mayor reputación social y sumamente instruido (*summus vir et doctissimus*).⁵³⁷ Este hombre docto y munido de perfección moral, asume con vigor y voluntad indeclinable la actividad más propia de su naturaleza humana: “ejercer su tuición sobre cuanto le rodea”, lo cual se expresa en acciones tales como proteger (*tutare*), mantener (*conservare*), ayudar (*adiuvare*), acrecentar (*augere*), gobernar (*regere*).⁵³⁸

Es magnánimo, de alma grande (*Sobre la República*, VI, 23, 25), el que vive y desvela buscando el bien de la patria. En el pensamiento ciceroniano, la *pietas* (piedad) es la virtud política por antonomasia, como se pone de manifiesto en los siguientes pasajes:

Ejercita tú alma en lo mejor, y es lo mejor los desvelos por la salvación de la patria (*Sobre la República*, VI, 26, 29).

Por lo que, tú, Publio, y otros hombres piadosos como tú, debéis conservar el ánimo en la prisión del cuerpo, y no debéis emigrar de la vida humana sin autorización de aquel que os la dio, para que no se diga que habéis rehuido el encargo humano asignado por dios. Antes bien, tú, Escipión, como tu abuelo aquí presente, como yo mismo que te engendré, vive la debida piedad, la cual, siendo muy importante respecto a los progenitores y parientes, lo es todavía más respecto a la patria (*Sobre la República*, VI, 16, 16).

Vale notar, por lo demás, que el segundo *locus* (pasaje) contiene una declaración de gran trascendencia. El joven Escipión es exhortado a vivir la piedad para con la patria, que es el deber supremo

⁵³⁷ CICERÓN, *Sobre La República*, III, 2.

⁵³⁸ GRAMMATICO, *op. cit.*, p. 195.

que posee todo buen ciudadano. Pero esa obligación brota o nace de la ley divina: “*munus humanum adsignatum a deo*”, un encargo asignado por dios. Aquí se ratifica, de nuevo, que el acto de fundar ciudades, ordenadas mediante la fuerza de la ley, así como la tarea, no menos difícil o ardua, de conservarlas, deriva directamente de la voluntad divina, de la que nadie puede sustraerse.

De hecho, en Cicerón, la palabra *munus* tiene una doble acepción. Por un lado, significa regalo, don, presente divino. Por el otro, significa deber, cargo o función especial que ha de cumplirse en razón de ese cargo. En esa recepción del don divino y en la respuesta del hombre al encargo recibido se cifra la relación hombre-dios, que se vuelve común unión (*communio*) o participación de lo humano en lo divino.⁵³⁹

V. Conclusión

A la luz de las consideraciones vertidas en el presente trabajo, puede decirse que para Cicerón la *auctoritas* representa el reconocimiento social de la excelencia alcanzada por el buen gobernante en el ejercicio de su poder, se materialice éste como *imperium* o como *potestas*. Ese reconocimiento se refleja en el nombre o sobrenombre que recibe el *vir optimus*, y es la fuente que legitima el ejercicio del poder público.

Ahora bien, los tres atributos (el *imperium* y la *potestas*, como facultades para ejercer el poder público, y la *auctoritas*, entendida como cualidad moral y como saber socialmente reconocido) son *munera*, en un doble sentido de la palabra: son un don, por un lado, y un deber o encargo divino, por el otro. Sucede que, para Cicerón,

⁵³⁹ GRAMMATICO, *op. cit.*, p. 197.

el orden del poder humano se subordina en última instancia al orden del poder divino.

De esta manera, *imperium*, *potestas* y *auctoritas* son atributos que se originan y fundamentan en un plano que trasciende lo humano, donde reside el modelo supremo de justicia que todo gobernante debe imitar, pues el mismo dios que ha engendrado el universo es quien lo gobierna, conserva y protege con justicia y rectitud.

En resumen, *El sueño de Escipión* muestra que para Cicerón es el modo de vida ejemplar, unido a la sabiduría que se adquiere por la experiencia en la función pública, lo que hace que un hombre se vuelva una autoridad. En consecuencia, las palabras, juicios y opiniones de un ciudadano que revista tal condición se vuelven autorizadas, es decir, dignas de crédito para todos o la mayoría de los hombres, quienes adoptan frente a la *auctoritas* una actitud de reverencia y acatamiento. De allí que ésta legitime el ejercicio de la *potestas* y del *imperium* y predisponga a la pronta adhesión por parte de quienes deben obedecer las órdenes o mandatos que emanan de aquellas fuentes del poder político.

VI. Referencias bibliográficas

- AMUNATEGUI PERELLÓ, C. F. (2011). *Historia social, política y jurídica de Roma*. Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing Chile.
- CICERÓN (2016). *Sobre la República. Las Leyes*. Traducción por A. D'Ors, Álvaro y C. T. Pabón de Acuña. Madrid: Editorial Gredos.
- CORSO DE ESTRADA, L. (2005). La *humanitas* como arquetipo incoado en la filosofía ciceroniana. In *Itinere*, II, 2, pp. 111-120.

- COSTA, J. C. (2016). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- DOMINGO OSLE, R. (2005). *Álvaro D'Ors. Una aproximación a su obra*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- DOMINGO OSLE, R. (1996). *Auctoritas* en Derecho Romano (*The Idea of Auctoritas in Ancient Roman Law*). *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (18), pp. 485-500.
- DOMINGO OSLE, R. (2002). La noción de *auctoritas* en De re publica de Cicerón (*The Idea of Auctoritas in Cicero's De Re Publica*) (pp. 17-30). En J. MONSERRAT MOLAS y J-L. PÉREZ FRANCESCHI (Eds.). *Idees d'autoritat*. Barcelona: INEHCA.
- GARCÍA PELAYO, M. (1969). *Auctoritas*. *Revista de la Facultad de Derecho (Caracas)*, (42), pp. 9-52. <https://goo.su/4UpBzGe>.
- GRAMMATICO, G. (1994). El *munus humanum a deo adsignatum* en el *Somnium Scipionis* de Cicerón. En A. ARBEA, G. GRAMMATICO y H. HERRERA CAJAS (Eds.). *Cicerón, un alma ardiente* (p. 192). Santiago de Chile: ITER.
- LOUZAN DE SOLIMANO, N. D. (2003). *Curso de Historia e Instituciones del Derecho Romano*, Buenos Aires: Ediciones Lumiere.
- LOUZAN DE SOLIMANO, N. D. (2007). *Nueva clasificación de las magistraturas en Roma*. Buenos Aires: Lumiere.
- NAVARRO ANTOLÍN, F. (2006). Introducción. En MACROBIO, *Comentario al Sueño de Escipión de Cicerón* (pp. 7-113). Madrid: Gredos.

RAVENTÓS, J. (2005). Introducción. En MACROBIO, *Comentarios al Sueño de Escipión* (p. 14). Madrid: Siruela.

TORRENT, Armando. *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*, Zaragoza: Cooperativa de Artes Gráficas, 1995.

La inspección ocular en el derecho romano y su recepción en la actualidad

Por María Cristina Filippi⁵⁴⁰

I. Prueba de inspección ocular

La inspección ocular es el reconocimiento judicial. Dicho de otra manera, consistía en que el mismo juez, ya por iniciativa propia, ya a pedido de parte, hiciese por sí mismo observación de lugares o cosas vinculadas al proceso, levantando un acta con sus constataciones, en presencia de las partes.

Por fuerza, en su origen este medio probatorio debió diferir poco de la prueba pericial, si consideramos que en los sistemas ordinarios se designaba un juez para cada asunto, y se procuraba escoger para esa función una persona que tuviese conocimiento específico en la materia sometida a discusión. Con lo que el juez entrañaba, a su vez, un perito.

⁵⁴⁰ Profesora Titular en Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Católica de Córdoba

Y si ello era así, si los jueces eran —comúnmente— expertos en el tema sobre el que debían resolver, el reconocimiento que practicasen sobre las cosas sujetas a su conocimiento y resolución equivalía, a la vez, al análisis realizado por el perito antes de emitir su dictamen.

Existe no obstante una diferencia, minúscula en un principio, pero que irá ampliándose con el correr del tiempo, hasta que en épocas de la *cognitio extra ordinem*, informe pericial e inspección ocular sean dos medios probatorios diferentes y fácilmente diferenciables. Esta última se limita siempre a recoger los datos de la experiencia, a la observación personal, sin ninguna elaboración. El perito, en cambio, procesa los datos obtenidos del examen para, empleando sus conocimientos científicos o técnicos, extraer de ellos determinadas conclusiones.

Por este motivo, a partir de Diocleciano, cuando los jueces sean funcionarios públicos y permanentes, ellos continuarán realizando las inspecciones oculares. Y recurrirán al auxilio de expertos, los peritos, para que los ilustren con sus dictámenes sobre asuntos de su especialidad.

1. 1. Algunas menciones sobre las fuentes romanas

Citemos algunos casos concretos, que las fuentes mencionan, en las cuales se procedía a la constatación visual como elemento decisorio.

1. 1. a) Los deslindes

Ya hemos citado, al tratar la prueba pericial, el fragmento de Ulpiano, en D. 10. 1. 8. pr: “Si por desbordamiento de un río, una inundación confundió los límites de un campo, y por eso da lugar a algunos para usurpar lugares, sobre los que no tienen derecho, el presidente de la provincia manda que ellos se abstengan de lo ajeno,

y que se restituya lo suyo a su dueño, y que se fijen los linderos por un agrimensor”. Y el parágrafo 1, que agrega: “Corresponde al ministerio del que conoce de los linderos, enviar agrimensores, y por ellos dirimir la misma cuestión de lindes, como es justo, y habiendo reconocido por sus propios ojos los terrenos, si así lo exige el caso”.

Nos interesa aquí concretamente la última parte. No obstante el dictamen de los agrimensores, o muy posiblemente antes de recurrir a él, el juez debe “reconocer con sus propios ojos los terrenos”. Esto es, practicar su inspección ocular.

I. 1. b) La accesión de mueble a mueble

Según Florentino, cuando se lega oro o plata a los que se hubiera unido materia de otro género, se considera incluido en el legado aquello que está unido al metal precioso, aunque en tal caso “se debe estimar por la vista (...) cuál de las materias sea accesión de la otra” (D. 29. 2. 1).

En el mismo sentido Paulo, en D. 34. 2. 32. pr sienta el principio de que “las estatuas de bronce adheridas a pedestales de plata, y todas las demás cosas que se puedan reducir a análoga semejanza, ceden a la plata labrada”. Y más adelante, en el parágrafo 5 puntualiza, citando a Neracio, el cual a su vez se basa en Próculo, que cuando se legan vasos de electro, no importa cuánta plata o cuánto electro tengan éstos, cosa que “se podrá conocer fácilmente por el aspecto de los vasos”.

I. 1. c) El nacimiento

Según Justiniano (C. 6. 29. 3), para que se considere que ha nacido persona debe haber “nacido vivo, aunque no hubiese emitido la voz”, siguiendo la opinión de los sabinianos. Para constatar dicho

nacimiento bastará entonces cualquier signo inequívoco de vida, no necesariamente el llanto, signos éstos que solo podrán apreciarse mediante la constatación visual. La misma que servirá para determinar que el recién nacido no sea “monstruo o prodigio alguno”, como requiere la última parte de la constitución.

Ulpiano, por su parte (D. 50. 16. 135), habla del caso de que “se haya dado a luz un parto portentoso, o monstruoso, o singular por su vista, o portentoso por su lloro, no de figura humana, sino más bien de otro animal” (en igual sentido el mismo jurisconsulto en D. 50. 16. 38).

1. 1. c) Los espadones y castrados

Ulpiano es quien sienta en D. 23. 3. 39. 1 que si una mujer se casa con un espadón (impotente por defectos funcionales), vale su constitución de dote porque hay matrimonio. La solución es exactamente inversa cuando la unión es con un castrado (impotente por carencia del órgano reproductor). Y el fundamento no es otro que la apariencia ante la observación visual, ya que la impotencia del espadón no es evidente a simple vista y la del castrado sí.

1. 1. d) La edad nupcial del varón

Es Justiniano, en constitución dirigida al Senado, que data del año 530 (C. 5. 4. 24), quien pondrá fin a una discusión que ha ocupado, según el mismo emperador narra, “incontables volúmenes de libros”. La edad nupcial del varón llega al cumplir el decimocuarto año.

Sabido es que hasta entonces los proculeyanos se habían mantenido apegados a las antiguas prácticas según las cuales era el padre quien, luego de la inspección ocular practicada sobre la persona de su hijo, lo debía declarar físicamente apto para casarse. Los sabinianos

opinaban que, por el contrario, y es la doctrina que adopta Justiniano, había de establecerse una edad general para considerar advenida la pubertad, salvo que el desarrollo físico no fuese notoriamente insuficiente. La inspección ocular, como se ve, todavía mantiene alguna utilidad.

1. 2. La ley de enjuiciamiento civil española

La ley de 1881 rubrica el título sexto de la sección quinta del libro segundo, “Reconocimiento judicial”. Comprende los artículos 633 a 636, ambos inclusive.

Establece que cualquiera de las partes puede solicitar que el juez se constituya para examinar en persona algún lugar, o la cosa litigiosa. Este decretará, con tres días de anticipación, la fecha en que se producirá la inspección (artículo 633).

Las partes pueden asistir junto a sus letrados y hacer las observaciones que estimen convenientes. Pueden igualmente hacerse acompañar de algún experto, pero antes de requerir la opinión de éste, el magistrado le debe tomar juramento. De lo actuado se labra acta (artículo 634).

Si hay que reconocer judicialmente y practicar pericia sobre la misma cosa, ambos pasos procesales se practicarán simultáneamente (artículo 635). Si fuere conveniente, para una mayor claridad, pueden recibirse en el sitio inspeccionado las declaraciones testimoniales (artículo 636).

1. 3. El Código Procesal de Córdoba de 1896

Se ocupa de la prueba de inspección ocular en los artículos 260 a 264, precedidos por la leyenda “De la inspección ocular”, a modo de rúbrica.

Tiene vinculación, si bien algo remota el tema el artículo 245 relativo a la prueba documental, cuando autoriza al juez a examinar y cotejar personalmente los instrumentos cuestionados. Por su parte, el artículo 254 autoriza al magistrado a exigir la presentación en su despacho para examinarlos, de los libros de comercio de las partes, cuando éstos hubiesen sido ofrecidos como prueba.

Como las disposiciones en ellas contenidas han sido reproducidas en líneas generales de modo similar por el nuevo código ritual, nos excusamos de tratarlas in extenso en esta parte del trabajo.

1. 4. El Código Procesal de Córdoba de 1995

La Ley 8465, del 27 de abril de 1995, sanciona un nuevo código procesal, actualmente vigente en la provincia de Córdoba, que le dedica a la prueba de inspección ocular (la llama inspección judicial) los artículos 255 a 258.

Un lugar, persona o cosa puede ser inspeccionada durante el trámite del juicio, de oficio o a pedido de parte, por el juez, quien puede hacerse acompañar de un perito (artículo 255).

Las partes pueden asistir, haciendo observaciones (artículo 256), labrándose acta de lo que ocurra (artículo 257). Cuando sobre los mismos elementos materia de inspección deba realizarse también una pericia, ambas tendrán lugar simultáneamente (artículo 258).

Concordancia: Precisamente este artículo nos retrotrae al derecho romano más primitivo, aquel en el cual se elegía al juez porque era perito en el tema en discusión. Aquí notamos claramente el común origen de ambos medios probatorios, que todavía se manifiesta.

Por eso es que, de existir la posibilidad adecuada, ambas pruebas se receptionan juntas, de la misma manera en que el juez practicaba el deslinde junto a los expertos agrimensores que se hubiesen nombrado, como se enseñaba en D. 10. 1. 8.pr.

II. Prueba de presunciones

Con alguna generosidad, podríamos incluir dentro de los medios probatorios a la presunción, ya que la presunción en realidad no es una prueba, no es un hecho en sí, sino una conclusión extraída de la experiencia. Que no consiste en más que inferir la existencia de un suceso, sobre el que no hay certeza, a partir de la existencia de otros que sí nos son conocidos.

Aceptando entonces que determinadas causas suelen originar ciertos efectos, suele deducirse que –si en un supuesto determinado han concurrido dichas causas– probablemente ellas habrán ocasionado iguales efectos. Dicho de otra manera, presumir es tener por cierto un hecho dudoso aplicando al caso concreto la probabilidad estadística, mientras no se demuestre que el presupuesto en estudio constituye una excepción al principio general.

Son entonces las presunciones, medios indirectos de convicción. No ignoramos que su importancia en el proceso romano ha sido vivamente discutida en doctrina, discusión que se ve abonada por la circunstancia de tratarse de medios instrumentos teóricos, modalidades de razonamiento más que elementos convictivos en sí mismos.

Sin embargo, parece indiscutible que en Roma, más precisamente en el derecho justiniano, se conocieron las presunciones *hominis*, inferidas por el mismo juez de los elementos propios de la causa, y las presunciones *iuris*, impuestas por concretas reglas jurídicas. Dentro de estas últimas hallamos las *iuris tantum* y *iuris et de iure*, según admitan o no, prueba en contrario.

En el marco del sistema formulario, no debió ser posible más que extraer presunciones *hominis*, obtenidas a partir del conjunto de hechos demostrados. Recién a partir de la *cognitio extra ordinem* habrían aparecido las presunciones *iuris*, que entrañan verdaderas reglas de derecho.

Siendo las presunciones verdaderas conjeturas, que la ley supone ciertas hasta que se demuestre su falsedad, en el caso que tal falsedad

pueda ser demostrada (presunciones *iuris tantum*), aquella parte que pueda invocar en su favor una de ellas está dispensada de la prueba del hecho al cual la presunción se refiere. No obstante, la fuerza probatoria de la presunción queda destruida si la contraria acredita que, en el caso concreto, el hecho cuya existencia se presume, en realidad no se verifica.

II. 1. Algunas presunciones extraídas de las fuentes

Veamos algunos casos, sin pretender agotarlos, de presunciones mencionadas en el *Corpus Iuris*.

II. 1. a) La paternidad

Según Ulpiano (D. 1. 6. 6):

Hijo es el que nace del marido y su mujer.

Si el marido estuvo ausente diez años, y al volver encontró en su casa un niño de un año, nos place el parecer de Juliano de que éste no es hijo del marido.

Dice Juliano que no ha de consentirse que aquel que cohabitó asiduamente con su mujer, no quiera reconocer al hijo como suyo.

Me parece, y lo aprueba también Scaevola, que si el marido no yació por algún tiempo con su mujer, por enfermedad o por cualquier otra causa, o si el padre tuvo algún tipo de enfermedad que le impidió engendrar, el que nació en su casa, aunque lo sepan los vecinos, no es hijo suyo.

II. 1. b) La reivindicación

Diocleciano y Maximiano dicen en una constitución que reproduce el *Código* (C. 3. 32. 19) que “los demás indicios, que no se rechazan por el derecho, no hacen menos fe para la prueba que los instrumentos”.

II. 1. c) Los contratos literales

Por una constitución de Antonio Caracalla del año 215 (C. 4. 30. 3) se resolvió que si el deudor oponía la excepción de dinero no entregado (*non numeratae pecuniae*), la prueba de la entrega sería a cargo del prestamista.

Justiniano, en 528, redujo a dos años el término en que podía articularse la defensa de dinero no entregado, por vía de acción o excepción, y prohibió en forma total plantearla transcurrido ese término, vencido el cual –a *contrario sensu*– debemos aplicar la presunción de que el dinero fue realmente dado (C. 4. 30. 24. pr).

II. 1. d) El día civil

Según Aulo Gelio (3. 2), quien manifiesta seguir en el tema a Varrón, el día civil comienza a medianoche, esto es a partir de la sexta hora de la noche, y se extiende hasta la sexta hora de la noche siguiente. Concretamente, el intervalo de veinticuatro horas “colocado entre la mitad de una noche y la mitad de la noche siguiente, considérase como el mismo día”. De igual manera, las seis últimas horas de la noche del día anterior a las calendas de enero “pertenece al año siguiente, que comienza con las calendas”.

II. 1. e) La concepción

También según Aulo Gelio (3. 16), el plazo mínimo de la concepción es de seis meses, y el máximo adviene poco después de los diez. Textualmente: “La mujer que ha concebido da a luz su fruto rara vez en el séptimo mes, nunca en el octavo, frecuentísimamente en el noveno y con bastante frecuencia en el décimo; que el fin del décimo mes es el último término a que puede retrasarse el nacimiento del hombre”. Luego de lo cual acota el caso, excepcional, de una mujer de costumbres intachablemente honestas que había tenido el parto once meses después de la muerte del marido, habiendo resuelto el emperador Adriano que el hijo era legítimo.

II. 1. f) La tutela

Se instituye tanto para los hombres como para las mujeres, enseña Ulpiano (11. 1), pero “a los varones se les otorga hasta la pubertad, por la inmadurez de su edad, a las mujeres tanto a las púberes como a las impúberes, por la debilidad de su sexo y por su ignorancia en las cosas del foro”.

De donde existe una presunción acerca de que el varón al llegar a la pubertad es maduro para realizar actos jurídicos, mientras que no sucede lo propio con la mujer, cualquiera fuese su edad. Obvio es decirlo, nos referimos al derecho clásico y no al justinianeo, que ya hacía rato había abandonado la institución de la *tutela perpetua mulieribus*.

II. 1. g) La curatela

Dice Justiniano (I. 1. 23. pr): “Los hombres y las mujeres desde la pubertad hasta los veinticinco años cumplidos reciben curadores,

porque aunque sean púberes, todavía por su edad no pueden defender sus intereses”.

Es interesante hacer notar que, con un fundamento tuitivo (primero en protección de la familia, más tarde de la persona), se da curador a los pródigos y los locos. Pero, “si el loco hubiere recobrado la salud, o el pródigo las buenas costumbres, de derecho dejan de estar bajo la potestad de los curadores” (Ulpiano, en D. 27. 10. 1. pr, concordante con sus Reglas, tít. 12).

II. 1. h) El pago

Según Paulo (D. 2. 14. 2. 1) si el acreedor devuelve al deudor el instrumento en el cual se registra la deuda, “se entiende haberse convenido (...) que yo no pediría”.

El pago de tres años consecutivos de contribuciones públicas hace presumir el de los períodos anteriores, según establece el emperador Marciano en una constitución del año 456 (C. 10. 22. 3).

II. 1. i) El plazo

Enseña Florentino (D. 2. 14. 57. pr) que “el que había recibido del deudor intereses por adelantado, se entiende que pactó tácitamente no pedir el capital durante aquel tiempo”.

II. 1. j) El Estado de esclavitud

Los emperadores Diocleciano y Maximiano, en constitución dirigida a Fromina (C. 4. 19. 20) establecen que si una esclava hubiese hurtado el instrumento de su compra, y luego pretendiese ser libre apoyándose en que el dueño no puede exhibir dicho instrumento, a

éste le basta probar la sustracción del mismo para que se presuma el estado de esclavitud.

Por el contrario, según otra constitución de los mismos emperadores, esta vez dirigida a Agatoclea (C. 4. 19. 22), para probar la esclavitud de una persona no basta que su madre y su hermano hayan desempeñado oficios propios de esclavos. El fundamento es que un pariente en una situación servil no presume necesariamente que el otro (por cercano que fuere) forzosamente tenga la misma condición.

En el mismo orden de pensamiento, Augustos y Césares, en constitución dirigida a Paulina (C. 4. 19. 17), le indican que, para que se la considere libre, no basta probar que los hermanos también lo son, porque de la libertad de éstos no se presume necesariamente la de aquélla. Lo que debería acreditar era, siguiendo la doctrina de los emperadores, que la madre, una antigua esclava, había devenido liberta antes de su nacimiento.

II. 1. k) *Los documentos*

Las cosas y los contratos no se hacen en los instrumentos, sino que éstos simplemente consignan el testimonio de lo que supuestamente se hizo. Constituyen una presunción de la existencia del acto, pero no el acto mismo (Diocleciano y Maximiano, constitución dirigida a Cronia, en C. 4. 19. 12).

II. 1. l) *Los testamentos*

El nacimiento de un hijo póstumo rompe el testamento del padre, a menos que éste lo hubiese previsto y desheredado expresamente. Ello es así porque se presume que, de haber nacido dicho hijo en vida del padre, lo habría instituido heredero (cfr. D. 28. 3. *De iniusto, rupto, irritato facto testamento*).

Los herederos testamentarios, excepción hecha de los esclavos, gozan del derecho a deliberar acerca de si aceptan o no la herencia. Vencido dicho plazo sin manifestación alguna, se considera que los herederos suyos la han aceptado y que los voluntarios la han rehusado (cfr. D. 28. 8. *De iure deliberandi*).

II. 2. Las Siete Partidas

Mencionan concretamente la prueba presuncional en P. 3. 14, cuya rúbrica reza *De las pruebas et de las sospechas que los homes aducen en juicio sobre las cosas negadas o dubdosas*.

La ley octava (*Quantas maneras son de prueba*) específicamente define la presunción como “otra natura de prueba a que dicen presunción, que quiere tanto decir como grant sospecha, que vale tanto en algunas cosas como averiguamiento de prueba”.

Cita el ejemplo de un juicio resuelto por el rey Salomón, pero seguidamente se previene que muchas veces estas presunciones no aciertan con la verdad, razón por la cual las pruebas de sospechas solamente han de tener cabida en tanto y en cuanto sean expresamente admitidas por las leyes.

Un ejemplo de situación en que las Partidas admiten expresamente la presunción como elemento probatorio lo hallamos en P. 3. 14. 10: si alguien prueba haber sido en el pasado tenedor de una cosa, y tal calidad le es negada, a quien realiza la negación incumbe la carga de la prueba, porque se presume que el tenedor original sigue siéndolo.

Ahora bien, las presunciones no sirven para definir juicios criminales (P. 3. 14. 12).

II. 3. El espéculo

El título décimo del libro quinto trata *De las proevas*, y allí se

expresa que es posible probar *“por endicios, o por sospecha de aquella cosa que es en dubda porque la niegan”* (Ley 1).

Concretamente se ocupa de las sospechas la Ley 6. Allí se sientan algunos principios:

Un padre no desearía desheredar a un hijo para dejar todos sus bienes al otro.

Se presume que las tierras son del rey, salvo que se pruebe lo contrario.

Si el marido reclama como bien propio algo a su mujer, y ésta lo niega diciendo que le pertenece, ella debe probar cómo lo ha ganado.

Los obispos y otros prelados, que sostienen que ciertos bienes les pertenecen a ellos y no a sus Iglesias, lo deben probar.

Quien reclama el pago de una deuda que consta en un instrumento que ha sido testado, roto o dañado, debe probar que dicha deuda subsiste.

Hay cuatro maneras de probar en un juicio, dice la ley décimo segunda: por testigos, por cartas, por sospechas y por juramento.

Concretamente, en relación a las sospechas, éstas surgen de diversas fuentes: en razón de las personas, del lugar, del tiempo y de la edad, continúa la misma ley. Y las siguientes (leyes 13 y 14, las últimas del título), abundan en ejemplos.

Así, verbigracia, si un hombre se casa con mujer de menos de doce años y el matrimonio se prolonga hasta después de que ella ha cumplido esa edad, se presume que prestó su consentimiento (Ley 12).

Igualmente si una mujer hace testamento repartiendo sus bienes entre sus hijos por cabezas, y luego adviene un nuevo hijo falleciendo ella en el parto, se presume que este último también tiene derecho a una porción viril (Ley 13).

O si alguien mata a otro hombre, se ha de presumir la existencia

de delito, a menos que se pruebe que hubo alguna causa legítima de excusa (Ley 14).

II. 4. El Código Procesal de Córdoba de 1896

Se ocupa de las presunciones en los artículos 344 a 346, precedidos por la leyenda “De las presunciones”, a modo de rúbrica. Contiene una nutrida enumeración de artículos en los cuales se hallan presunciones.

Como las disposiciones en ellos contenidas han sido reproducidas en líneas generales de modo similar por el nuevo código ritual, nos excusamos de tratarlas *in extenso* en esta parte del trabajo.

II. 5. El Código Procesal de Córdoba de 1896

La Ley 8465, del 27 de abril de 1995, sanciona un nuevo código procesal, actualmente vigente en la provincia de Córdoba, que dedica a la prueba de presunciones los artículos 315 y 316.

Las presunciones legales tienen el valor probatorio que les reconoce la ley de fondo (artículo 315).

En cuanto a las presunciones judiciales, solamente hacen prueba cuando sean susceptibles de producir convencimiento en el juez por su gravedad, número y conexión con los hechos que se investigan. El tribunal debe interpretarlas conforme las reglas de la sana crítica (artículo 316).

La conducta de las partes durante el juicio también puede generar presunción (artículo 316).

Concordancia: El sistema actualmente vigente consagra el valor probatorio de las presunciones, al igual que el derecho romano. Pero el tratamiento del tema es totalmente opuesto. Así, mientras en los precedentes romanos no se sentaban reglas, aunque se establecían

casos concretos de aplicación de la presunción, nuestro actual código procesal se limita a sentar principios generales, sin entrar al casuismo de la regla en el caso concreto.

III. Referencias bibliográficas

- ACOSTA, J. V. (1982). *Procedimiento Civil y Comercial*. Buenos Aires: Rubinzal y Culzoni,
- ALBA CRESPO, J. J. (1997). *Manual de Derecho Romano II*. Córdoba: Eudecor.
- ALSINA, H. (1963). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar
- AULO GELIO (1959). *Noches Áticas*. Buenos Aires: Ejea.
- ARIAS, J. (1941). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Kraft.
- BONFANTE, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Editorial Reus. Madrid.
- CALAMANDREI, P. (1973). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ejea.
- CARAVANTES, J. (1856). *Procedimientos Judiciales Según la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Gaspar y Roig.
- CERVENCA, G. (1965). *Studii varii sulla restitutio in integrum*. Milán: Giuffrè.

CICERÓN, M. T. (1951). *Obras Escogidas*. Buenos Aires: El Ateneo.

CICERON, M. T. (1973). *Defensa del poeta Arquías*. Madrid: Aguilar.

CODIGO CIVIL DE LA NACIÓN ARGENTINA.

CODIGO PENAL ARGENTINO.

CODIGO PROCESAL CIVIL DE CORDOBA.

CODIGO PROCESAL PENAL DE CORDOBA.

CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE CORDOBA.

CONSTITUCIÓN NACIONAL.

COUTURE, E. (1993). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma.

CUENCA, H. (1957). *Proceso Civil Romano*. Buenos Aires: Ejea.

DE LA COLINA, S. (1910). *Derecho y Legislación Procesal*. Buenos Aires: Lajouane.

ESPINOSA, M. (1939). *Concordancias y Fuentes Bibliográficas del Código de Procedimientos en lo Civil y Mercantil de Córdoba*. Buenos Aires: La Facultad.

FASSI, S. (1971). *Código Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Astrea.

FERNÁNDEZ, R. (1955). *Código de Procedimiento Civil Comentado*. Buenos Aires: Lombardi y Cía.

- FERNÁNDEZ DE LEON, G. (1962). *Diccionario de Derecho Romano*. Buenos Aires: Amauta.
- GARAY MURUA, R. (1992). *Juicios e Instituciones de Procedimiento Civil y Comercial*. Córdoba: Marcos Lerner.
- GAYO (1967). *Institutas*. Traducción de Alfredo Di Pietro. La Plata: Librería Jurídica.
- GIRARD, P. (1967). *Textes de Droit Romain*. París: Dalloz.
- GHIRARDI, J. C. (1997). *Manual de Derecho Romano I*. 3º edición. Córdoba: Eudecor.
- GHIRARDI, O., GHIRARDI, J., ANDRUET, A. y FERNÁNDEZ, R. (1993). *La Naturaleza del Razonamiento Judicial*. Córdoba: Alveroni.
- GUASP, J. (1948). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. 2º edición. Madrid: Aguilar.
- GUASP, J. (1961). *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Gráficas González.
- HERNÁNDEZ TEJERO, F. (1985). *Instituciones de Gayo*. Madrid: Civitas.
- IHERING, R. von (1891). *El Espíritu del Derecho Romano*. Traducción de Enrique Principal y Sartorres. Madrid: Bailliere.
- IHERING, R. von (1974). *Bromas y Veras en la Jurisprudencia*. Buenos Aires: Ejea.

- IMAZ, E. (1954). *La Esencia de la Cosa Juzgada y Otros Ensayos*. Buenos Aires: Arayú.
- JOFRÉ, T. (1941). *Manual de Procedimiento*. 5º edición. Buenos Aires: La Ley.
- JUSTINIANO (1898). *Cuerpo de Derecho Civil Romano*. Traducción de Ildefonso García del Corral. Barcelona: Lex Nova
- LESSONA, C. (1906). *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Madrid: Reus.
- LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA DE 1881 (1971). Madrid: Reus.
- LÓPEZ, G. (1861). *Las Siete Partidas*. París: Librería de Rosa y Bouret.
- LOUZAN DE SOLIMANO, N. (1979). *El Procedimiento Civil Romano*. Buenos Aires: Universidad de Belgrano.
- MARTÍNEZ CRESPO, M. (2000). *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*. Córdoba: Advocatus.
- MAYNZ, C. (1892). *Curso de Derecho Romano*. 2º edición. Barcelona: Jaime Molinas.
- MEDINA, L. y MARAÑÓN, M. (1949). *Leyes Civiles de España*. Madrid: Reus.
- MERCADER, A. (1964). *Estudios de Derecho Procesal*. La Plata: Editorial Platense.

- MERRYMAN, J. H. (1979). *La Tradición Jurídica Romana*. México: Fondo de Cultura Económica.
- METRA, S. (1963). *Processo Civil Romano*. Roma: Tripi e Di María.
- MORTARA, L. (1908). *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*. Milán: Vallardi.
- MURGA, J. (1983). *Derecho Romano Clásico. El Proceso*. 2º edición. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
- ORTEGA, J. (1972). *Código Penal y Código de Procedimiento Penal*. Bogotá: Temis.
- ORTOLÁN, M. (1895). *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Leocadio.
- PALACIO, L. (1979). *Derecho Procesal Civil*. 2º edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- PAULO (1994). *Sentencias*. Traducción de Santos Caminos. Tucumán: Universidad Nacional de Tucumán.
- PEÑA GUZMAN, L. y ARGUELLO, L. (1966). *Derecho Romano*. 2º edición. Buenos Aires: Tea.
- PODETTI, R. (1954). *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*. Buenos Aires: Ediar.
- PODETTI, R. (1963). *Teoría y Técnica del Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediar.
- RAGGI, L. (1961). *Studi sulle Impugnación nel Processo Romano*. Milán: Giuffré.

- RAGGI, L. (1965). *La Restitutio in Integrum nella Cognitio Extra Ordinem*. Milán: Giuffré.
- RAMACIOTTI, H. (1978). *Compendio de Derecho Procesal Civil y Comercial de Córdoba*. Buenos Aires: Depalma.
- RASCÓN GARCIA, C. (1992). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Tecnos.
- REDENTI, E. (1957). *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ejea.
- RENOARD, R. (1901). *Autorité de la Chose Jugée au Civil* (Tesis de Doctorado, Université de Poitiers).
- REUS, E. (1881). *Ley de Enjuiciamiento Civil del 3 de febrero de 1881*. Madrid: M. Ramos Editor.
- REUS, E. (1881). *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.
- REYES DE ESPAÑA (1873). *Los Códigos Españoles*. 12 tomos. 2º edición. Madrid: Alonso de San Martín.
- ROCCO, U. (1969). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma.
- RODRÍGUEZ, C. (1963). *Código de Procedimiento Civil y Mercantil de la Provincia de Córdoba*. Buenos Aires: Omeba.
- ROSENBERG, L. (1955). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ejea.

- RODRÍGUEZ, C. (1963). *Código de Procedimiento Civil y Mercantil de Córdoba*. Buenos Aires: Kaufman.
- RODRÍGUEZ DE FONSECA, B. (1873). *El Digesto del Emperador Justiniano*. Madrid: Imprenta de Ramón Vicente.
- ROLFO, M. L. (1999). *Manual de Derecho Romano*. Córdoba: Francisco Ferreira.
- SAVIGNY, F. C. de (1958). *Sistema de Derecho Romano Actual*. Madrid: Góngora y Cía.
- SAVIGNY, F. C. de (1859). *Traite de Droit Romain*. París: Firmint Didot.
- SCIALOJA, V. (1954). *Procedimiento Civil Romano*. Buenos Aires: Ejea.
- SERANTES PEÑA, O. y BORRAS, J. (1957). *Código Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Depalma.
- ULPIANO (1970). *Reglas*. Traducción de Nina Ponssa de la Vega de Miguens. Buenos Aires: Lerner.
- VÁZQUEZ, H. (1998). *Diccionario de Derecho Romano*. Buenos Aires: Zavallía.
- VÁZQUEZ, H., ALBA CRESPO, J. J., GHIRARDI, J. C. y ROLFO, M. L. (1983). *Sobre las Penas a los Litigantes Temerarios*. Córdoba Dirección de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba.
- VAZQUEZ, H. y ROLFO, M. L. (1977). *La Naturaleza de la Mora*

en el Derecho Romano. Córdoba: Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

VÉLEZ SARSFIELD, D. (1883). *Código Civil Argentino*. 2º edición oficial. Buenos Aires: Establecimiento tipográfico La Pampa

VENICA, O. (1997). *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*. Córdoba: Lerner.

VUENGER, L. (1965). *Actio Judicati*. Buenos Aires: Ejea.

La influencia de Roma y el derecho romano en Nicolás Avellaneda

Por Germán Giarrocco⁵⁴¹

A los fines de la elaboración del presente trabajo, se estudiará, por un lado, los datos biográficos disponibles de Nicolás Avellaneda, y por otra parte, se analizará la letra de sus obras a fin de desentrañar la voluntad de su autor.

Para ello, previamente se realiza la siguiente reseña biográfica breve y precisa, que nos sirve de punto de partida para esta investigación

Nicolás Avellaneda fue un destacado político, abogado y escritor argentino, nacido el 3 de octubre de 1837 en la ciudad de San Miguel de Tucumán y fallecido el 25 de noviembre de 1885 en alta mar. Se convirtió en una figura prominente en la historia argentina, especialmente durante la segunda mitad del siglo diecinueve, por su liderazgo y contribuciones al desarrollo del país.

⁵⁴¹ Abogado. Docente de la materia Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. También dicta la materia Derecho Privado en el Ciclo Básico Común UBA y varias asignaturas vinculadas a derecho privado en la Universidad Argentina John F. Kennedy.

Avellaneda estudió en el Colegio Nacional de Buenos Aires, inició sus estudios de derecho en Córdoba sin poderlos finalizar en esa casa de estudios, aunque más tarde se graduó en la Universidad de Buenos Aires. Su carrera política comenzó en 1862, cuando fue elegido diputado nacional por la provincia de Buenos Aires. A lo largo de su carrera, Avellaneda ocupó varios cargos, incluyendo el de ministro de Instrucción Pública durante la presidencia de Domingo Faustino Sarmiento y tiene el honor de haber sido presidente de Argentina desde 1874 hasta 1880.

Durante su presidencia, Avellaneda enfrentó numerosos desafíos, como la guerra de la Triple Alianza (que involucró a Argentina, Brasil y Paraguay), así como las tensiones internas en el país. Su administración promovió una serie de reformas educativas y económicas, así como la construcción de infraestructura, lo que ayudó a modernizar la nación. Sin embargo, su mandato también enfrentó críticas y oposiciones, especialmente en cuestiones relacionadas con la política económica y la administración pública.

Más allá de su carrera política, Avellaneda fue un hombre de letras. Escribió ensayos y obras sobre temas variados, desde la educación hasta la filosofía y la política. Es conocido por su enfoque en la importancia de la educación como motor de progreso social y cultural.

A pesar de las controversias que marcó su presidencia, Nicolás Avellaneda es recordado como un líder que trató de llevar a la Argentina hacia la modernidad y el progreso. Su legado continúa presente en la historia de la política argentina y en el desarrollo de instituciones educativas en el país. Su vida y obra son un reflejo de los desafíos y las transformaciones que vivió Argentina en una época clave de su historia.

En 1865 Avellaneda publicó su *Estudio sobre las leyes de tierras públicas*, en el cual examina la legislación argentina al respecto y propone, basándose en el ejemplo norteamericano, la entrega de propiedades a los verdaderos productores, abreviando trámites y eliminando obstáculos. Plantea que la distribución de la tierra

garantiza el asentamiento de población estable y contribuye al aumento del caudal demográfico.

La pregunta al respecto es qué tanto influyó Estados Unidos en la obra del prócer y qué tanto influyó Roma. En efecto, podemos observar que en dicha obra el autor explicaba necesidad de evitar la concentración de grandes latifundios de tierras, siguiendo el ejemplo de la experiencia romana. En tal sentido, Avellaneda cita a Plinio al explicar que “Roma sucumbió bajo el peso de las grandes propiedades”.⁵⁴²

En dicha obra, Avellaneda destaca la insuficiencia de la enfiteusis como derecho real, al tiempo que propone que este instituto sea canalizado como un contrato, ello sin atentar conforme su criterio con la tradición clásica. De hecho, manifiesta el autor al respecto que “el congreso no puede dejar el contrato que establecía como se halla el arrendamiento de la ley romana y de la ley española, que es su copia, expuesto a desaparecer con el primer capricho del propietario voluntarioso”.⁵⁴³

El quinto presidente constitucional de nuestro país consideraba que la enfiteusis como se la conocía en el siglo diecinueve era un factor que contribuyó a la decadencia del Imperio romano y fomentó el estancamiento económico del feudalismo.⁵⁴⁴ En definitiva, puede apreciarse entonces cómo este ilustre estadista tuvo en miras la experiencia romana del período tardío para efectuar sus consideraciones que lo llevaron a militar fervientemente en contra de un instituto que proveía un freno a la máxima de Alberdi de poblar el desierto.

En este orden de ideas, la propiedad romana en su período de esplendor entre la República y el Ato Imperio era de tipo alodial,

⁵⁴² AVELLANEDA, N. (1865). *Estudios sobre las leyes de tierras públicas* (p. 101). Buenos Aires: Imprenta del Siglo.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 71.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, p 75-79.

libre de cargas. Fue con el período de decadencia cuando surge el colonato, antecedente del siervo de la gleba propio del Medioevo, mismo período en el que habría generalizado el uso de la enfiteusis, precisamente en el siglo IV d. C. mediante una constitución de Zenón.⁵⁴⁵ Esta situación demuestra que, en la visión del estadista argentino, la experiencia negativa del instituto estuvo presente al momento de escribir su ensayo.

Efectivamente, Avellaneda sabía la relevancia fundamental que revestía el derecho romano en el derecho argentino, y la mejor prueba de ello se encuentra en el afecto intrínseco que éste le tenía a Dalmacio Vélez Sarsfield, lo que lo llevó a escribir un elogio fúnebre el 31 de marzo de 1875 cuando se inhumaron los restos del célebre codificador. Afortunadamente, podemos encontrar plasmado por la facilidad que provee la imprenta parte de ese discurso en la colección de escritos literarios de este abogado y político argentino, del cual se aprecia que Avellaneda consideraba que Savigny penetró con su doctrina en Francia haciendo que los escritos y jurisprudencias de aquel país remontaran “las doctrinas que habían intentado la restauración del derecho romano mutilado por siglos por los bárbaros y por Triboniano”.⁵⁴⁶

De estas pocas y claras palabras, bien podemos observar que su autor, gran conocedor de la historia de nuestra tradición jurídica, consideraba que la codificación francesa del siglo diecinueve no era más que una reelaboración normativa fundada en los principios del derecho romano.

Incluso cuando hace alusión a la mutilación del derecho por los barbaros y Triboniano, principal jurista al servicio del emperador Justiniano y artífice intelectual de la recopilación que siglos más

⁵⁴⁵ ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, J. M. (1993). El origen romano de la enfiteusis en las partidas, (p. 64). Murcia: Universidad de Murcia.

⁵⁴⁶ AVELLANEDA, N. (1953). *Escritos Literarios* (p. 58). Buenos Aires: Hemisferio.

tarde occidente conocería como *Corpus Iuris Civilis*, podemos advertir el pensar y sentir romanista en Avellaneda, pues si él consideraba mutilación al trabajo recopilatorio del período justiniano es simplemente porque entendía las fluctuaciones que atravesó el derecho romano a lo largo de la historia de Roma a raíz de las interpolaciones, entendimiento que solo lo pueden lograr aquellas almas que se hayan asimilado en perfecta comunión con nuestra tradición jurídica originada en la Antigüedad.

Por otra parte, resulta menester considerar la influencia de Cicerón en el presidente argentino. En efecto, el historiador Dr. Ricardo Levene, en ejercicio de la presidencia de la Academia Nacional de la Historia, pronunció las siguientes palabras respecto al prócer en su discurso en el acto de inauguración de la sala de Nicolás Avellaneda del Museo Histórico Sarmiento el 26 de noviembre de 1938:

Se exhiben en la nueva sala, muebles y objetos de arte del presidente Avellaneda. Son muebles de ébano con incrustaciones de marfil, reveladores de su distinción artística; las vidas ejemplares que fueron sus nobles modelos, bustos de Demóstenes y Cicerón, príncipes de la oratoria, estatuas de Cervantes y Washington, el genio literario y el genio de la moral política y cuadros y bustos de figuras argentinas, como el de San Martín, obsequiado por su hija Mercedes al presidente Avellaneda, en testimonio de gratitud por la iniciativa y la campaña de sentido moral y patriótico desplegada para la repatriación de los restos del Libertador.⁵⁴⁷

Asimismo, como diputado en la legislatura de Buenos Aires, cuando se debatió sobre la organización republicana en la sesión extraordinaria del 5 de marzo de 1862, Avellaneda pronunció un

⁵⁴⁷ LEVENE, R. (1938). *Avellaneda, y el Ciclo Histórico de las Primeras Presidencias después de Caseros* (p. 6). Buenos Aires: Imprenta de la Universidad de Buenos Aires.

discurso donde alude al destino manifiesto de la grandeza de Roma para referirse a cómo las bases de nuestra organización nacional podrían sernos propicias. A fines de una mayor comprensión de este concepto, se transcribe a continuación la parte pertinente de dicho discurso: “Porque es ley de la humanidad: el pensamiento con que se mece la cuna de un pueblo, es la profecía de su destino; y Roma no hubiera desde el Capitolio gobernado el mundo, si la Etruria, ese santuario de la Italia primitiva, no la hubiera educado con la voz de sus tradiciones prometiéndole la dominación universal”.⁵⁴⁸

Es importante tener en cuenta que al pronunciar estas palabras se estaba tratando el proyecto de ley para autorizar al gobernador de la provincia a aceptar y ejercer los poderes que le han delegado o le deleguen las demás provincias, a efectos de convocar e instalar el Congreso Nacional, proyecto que resultó ser uno de los objetivos más importantes en la carrera política de Avellaneda.

Por ello, resulta evidente la vocación romanista del diputado bonaerense, quien aspiraba la grandeza de Roma para el futuro de nuestra patria.

Así las cosas, este ilustre estadista consideraba necesario mirar a lo más profundo de nuestras raíces grecolatinas, a través de las maravillosas piezas de nuestra literatura. Esta afirmación bien puede acreditarse en función de las siguientes palabras de Avellaneda en una carta remitida a José Posse mientras trabajaba como abogado en el estudio del Dr. Roque Pérez en 1858:

Desdeñan hoy muchos este estudio de la literatura latina; y, sin embargo, él formó el alma de nuestros padres. Asombraba el ver cómo una Colonia de la atrasada España, falta del movimiento social y político que desenvuelve

⁵⁴⁸ SECRETARÍA DE CULTURA DE LA NACIÓN (1998). *Nicolás Avellaneda, legislador de dos Poderes* (p. 39). Colección Vidas, Ideas y Obras de los Legisladores Argentinos. Buenos Aires, 1998,

los caracteres y despierta las inteligencias, pudo en el día de su emancipación improvisar tantos hombres que dieron vida y fuerza impulsiva a la revolución de mayo. Es que ellos venían de Roma, de Grecia, y el estudio de los clásicos latinos, formando sus almas, las había en el molde antiguo. Por eso Moreno, Monteagudo, López, imitan hasta el movimiento y la pompa de la frase romana, y saben embriagar a las muchedumbres desde las tribunas de las arengas.⁵⁴⁹

En igual sentido, se puede sumar a esta documentación la carta enviada a Barros Arana en la cual Avellaneda exalta frases de Julio César en la conquista de las Galias.⁵⁵⁰

Incluso puede apreciarse que le dedicó a Tiberio, segundo emperador de Roma, el siguiente discurso en 1876 siendo presidente de la Nación:

Tiberio ha tenido la vergüenza de sus actos, de ahí las contradicciones extrañas que se notan en su vida. Tiene necesidad de ser engañado, y aborrece a los aduladores. Está disgustado de él y de los otros; tiene el amor de las soledades inaccesibles, él esperando de Roma, y un fastidio profundo lo devora. Calígula y Nerón nunca pasaron por estos tormentos, y muchos creen que Tiberio es superior a ellos por haberlos experimentado.⁵⁵¹

Finalmente, resulta interesante el elogio que realizó de Italia en 1870, principalmente porque la península cerraba su proceso de unificación al mismo tiempo que la Argentina consolidaba el suyo propio. Es sabido que a Avellaneda le preocupaban por sobre todas las cosas la unificación del territorio y su desarrollo industrial.

⁵⁴⁹ AVELLANEDA, N. (1910). *Escritos y Discursos* (p. 31). Tomo III. Colección de la Biblioteca de la CSJN. Buenos Aires: Compañía Sudamericana de Billetes de Banco.

⁵⁵⁰ AVELLANEDA *Escritos y Discursos*, op. cit., p. 61-62.

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 73.

Cuando elogia a Italia, manifiesta sus deseos respecto a su patria, deseos que se encuentran impregnados de un indubitable espíritu romanista. Por lo tanto, resulta oportuno cerrar este análisis con la transcripción de tal alabanza:

Una sola ley impera desde los Alpes al Adriático: la Italia está unida, es grande y vuelve a ser joven. No es ya la Niobe de las naciones, como la llamó Byron. Sus ojos no están amortecidos y sus brazos no sustentan la urna vacía, cuyas cenizas gloriosas fueron dispersadas por los siglos. Vedla: lleva en su mano la antorcha de dos civilizaciones y deslumbra en su frente el esplendor de las nuevas fortunas. Si los ciclos sucesivos de Vico son la ley inevitable de la historia, el pasado no es solamente una enseñanza, sería una profecía... y volverá a circular por el mundo con un nuevo sentido el verso hexámetro de Virgilio: *Tu regere imperio populos, romane memento*".⁵⁵²

⁵⁵² *Ibidem*, p. 81.

El derecho bizantino entre las dinastías justinianeas y macedónicas (siglos VI a X). *La Ecloga*

Por Rodrigo Leandro Guelar⁵⁵³

I. Introducción

Variadas son las compilaciones del derecho en el Imperio romano de Oriente desde los tiempos posteriores a Justiniano I hasta los tiempos de la llamada dinastía macedónica (867-1056), considerado el último período de esplendor del imperio, para seguir el derrotero del derecho justiniano en el propio suelo que lo vio nacer.

Los romanos orientales se consideraron siempre, hasta 1453, habitantes del Imperio romano que hablaban griego como una más de sus características. Más aún, la lengua como constructo intelectual definitorio de etnicidad corresponde también a la Edad Moderna,

⁵⁵³ 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). Se desempeña en el Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

por lo que las disquisiciones expuestas *infra* acerca de las políticas imperiales con respecto a las lenguas griega y latina responden efectivamente a ello, a necesidades políticas coyunturales, por más que de los textos de los autores podamos inferir cuestiones étnicas, no lo son en el sentido moderno académico del término.⁵⁵⁴

Y, ¿cómo puede un imperio grecoparlante disputarle la primacía sobre el concepto de la *romanitas* a las potencias latinas del occidente? Si, como puede leerse en misiva del papa Nicolás I al emperador Miguel III, en los siglos de declive referidos, el pontífice pregunta azorado por qué los romanos orientales o de habla griega consideraban al latín un idioma bárbaro al no entenderlo y al mismo tiempo podían considerarse a sí mismos emperadores de los romanos.

En consideración de algunos especialistas, la misiva (la mencionada y otra del emperador de los francos Luis II) son la respuesta visible a las nuevas políticas orientales con respecto a las nuevas recopilaciones jurídicas y a la política oriental sobre la apropiación de la *romanitas*.

II. Las leyes posteriores a Justiniano I

La dinastía macedónica llega al poder luego de las pérdidas territoriales de las conquistas de Justiniano I, del retraimiento de varios frentes a manos de los árabes que se encontraban en el pináculo de su período expansionista y del final del segundo período iconoclasta. Algunos historiadores llaman al período macedónico “Renacimiento macedónico”, pues el período anterior, desde mediados del siglo VII hasta mediados del siglo IX, es concebido modernamente como

⁵⁵⁴ RUCHESI, F. (Ed.) (2023). *Cohesión social y transformaciones identitarias en la Edad Media* (p. 13). Buenos Aires: Miño y Dávila.

de declive general cultural e intelectual (lo que se solía denominar como período oscuro, o con epítetos de ese tono, que hoy no tienen tanto lugar en las investigaciones académicas). La compilación justiniana, sin embargo, nunca perdió vigencia, pero era difícil utilizarla aún en la capital, dado que circulaba en copias y comentarios hechos en griego.

Las Basílicas, ordenadas por el emperador León VI siguiendo al parecer los planes de su padre Basilio I, constituyen el punto final del proceso de transformación del lenguaje jurídico latino en uno nuevo griego a fin de expresar sustancialmente el mismo derecho romano de los jurisconsultos de los siglos I a III y el *Corpus Iuris Civilis*. Si bien las Basílicas están redactadas sobre las traducciones literales del *Corpus Iuris Civilis*, y en ese sentido es poco original, de ella desaparecieron casi todos los latinismos profesionales y fueron sistemáticamente sustituidos por *exhellenismoi*, que ahora eran mucho más precisos. Para hacer esto se tuvo que aprender nuevamente el antiguo derecho romano, durante varios siglos adulterado y casi abandonado en la práctica.⁵⁵⁵ Esto es tenido por algunos estudiosos como una auténtica “recepción” del derecho justiniano en el propio Imperio romano de Oriente (anterior, pero paralela a la que se dio en occidente).

Como se señalara acerca de la estrecha relación entre la necesidad de afirmación de la dinastía justiniana en el poder y, por ende, la necesidad del surgimiento de una ideología imperial que conectaría ese presente con el glorioso pasado imperial de la Roma clásica, la dinastía macedónica, después de la imposición del iconoclasmo por los isáuricos, se embarcó en la necesidad de la imposición de una nueva ideología imperial, pero debemos a los isáuricos los tímidos comienzos en estos cambios de paradigmas.

⁵⁵⁵ CHITWOOD, Z. (2017), *Byzantine Legal Culture and the Roman Legal Tradition 867-1056* (p. 12). Cambridge: Cambridge University Press.

Esta vez se volvía a apelar al pasado romano, ya que éste se encontraba en debate ante un papado de Roma en creciente desarrollo hacia un arrollador poder de los siglos centrales de la Edad Media, como también comenzaba a ser una necesidad política de los gobernantes de la *Frankia*, que por esos años se convertirá en el Imperio carolingio, o incluso el primer imperio de los búlgaros. En tal sentido, la amenaza de los califas no pasaba desde luego por la disputa en este terreno dialéctico.

Así, los emperadores de Oriente clamaban nuevamente por el legado de la *romanitas* a través de nuevas obras literarias, arquitectónicas o jurídicas. Pero este pasado clamado de la *romanidad* no era ya el de la Antigüedad clásica, sino el de la Antigüedad tardía, aproximadamente desde los tiempos de Constantino I hasta el reinado de Justiniano I, tiempos antiguos pero más cercanos a aquellos de los de la dinastía macedónica. Recordemos que el concepto-período de Antigüedad tardía como idea de Peter Brown excede el marco de Occidente y es útil a la hora de estudiar el cercano oriente no como ruptura, ni siquiera como transición sino como un *continuum*.

Ello pues, en este nuevo período, había un dejo de reproche con la Antigüedad pagana, por lo que las leyes romanas de la Antigüedad clásica fueron helenizadas y cristianizadas en un proceso conocido como “limpieza de las Antiguas Leyes” (*anakatharsis*). Con antiguas leyes los historiadores se refieren al Corpus de Justiniano I.⁵⁵⁶

Si bien todos los emperadores desde Justiniano I se ocuparon de mantener las leyes como una de sus principales obligaciones, los primeros dos emperadores de la dinastía macedónica, Basilio I y León VI, se centraron en las reformas a las leyes de Justiniano a través del *Prochiron* y de los llamados “Sesenta Libros” o *Basilika*, de los cuales solo sobrevivieron dieciséis. También, como en el período

⁵⁵⁶ *Ibidem*, p. 37.

prejustiniano, había una serie de compilaciones privadas, como las leyes de los granjeros, las leyes mosaicas o las leyes marítimas de los rodios. Este período y estas compilaciones son las últimas en las que en oriente se puede hacer una distinción más o menos prudente entre leyes civiles y canónicas orientales, ya que a partir del siglo XI ello será imposible.⁵⁵⁷

Las primeras leyes canónicas orientales son de los tiempos del reinado de Heraclio (610-641), las segundas *Nomokanon*, pero todavía es difícil separarlas de las últimas Novelas de Justiniano y de las constituciones imperiales que hicieron de las conclusiones de los primeros cuatro concilios ecuménicos leyes seculares. Esta imposibilidad de separar normas canónicas de seculares es una característica propia de toda la Antigüedad tardía.

El primer texto codificador de la dinastía macedónica fue comisionado por Basilio I entre los años 870 y 879, el *Procheiron Nomos* (traducido como “La ley lista a mano”). Si bien tiene referencias bíblicas, su proemio trata del *topos* de la justicia como lo mejor que puede hacer un gobernante por su pueblo, sin dejar de ser la norma un auxilio dado por Dios a la humanidad. Se clarificaron normas, otras se corrigieron y sobre otras se guardó silencio. Su propósito era a la vez didáctico, pero para la enseñanza de todo el pueblo y no solo de los juristas. La mayor parte de las normas de *Procheiron* provienen de la codificación de Justiniano.⁵⁵⁸

La mayoría de las normas del *Corpus Iuris Civilis* que permanecieron válidas lo hicieron en los Sesenta Libros o *Basilika*, y se hizo un volumen aparte con las normas abrogadas, para que quedara clara su invalidez.

Se creyó antiguamente que el proemio del *Procheiron* atacaba la *Eclogia*, pero recientemente se ha llegado a la conclusión que atacaba

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 22 y ss.

⁵⁵⁸ CHITWOOD op. cit., p. 25.

el *Eisagoge* del patriarca Focio, en particular los poderes que ésta brindaba a los futuros patriarcas en detrimento del emperador.

III. La *Ecloga*

Pero con anterioridad, vemos esta preocupación por acentuar el carácter cristiano de las normas, pero con una sutil diferencia.

De la *Ecloga* promulgada por León III en 726 y modificada por su hijo Constantino V en 741 a comienzos de la dinastía isáurica, queda claro que su uso en las provincias era casi nulo. Los historiadores estiman que esta inaccesibilidad generó libros y manuales relativamente simples denominados *leges speciales* o *nomos georgikós*. La *Ecloga* es un intento de simplificar el derecho romano y proponer su uso general en la corte. La *Ecloga* acentúa el dominio de la ortodoxia religiosa en el derecho secular en el contexto del proyecto político de los isáuricos: el iconoclasmo.⁵⁵⁹

La *Ecloga*, una simplificación de catorce títulos de las leyes de Justiniano emitida por el emperador León III el isáurico en 726, veremos, saca el eje en los castigos de pena de muerte con penas de mutilación. También incluye cambios en las previsiones matrimoniales, que siglos más tarde serán anexas a las prescripciones originarias de Justiniano. Pero la mayoría de las modificaciones son estilísticas y de simplificación del lenguaje jurídico.

La *Ecloga* era producto de una época de emperadores que se consideraban a sí mismo más cristianos que romanos, a diferencia de Justiniano, quien balanceaba entre ambas tradiciones sin tanta definición como los emperadores de la dinastía macedónica.

⁵⁵⁹ HUMPHREYS, M. (2017). *The Laws of the Isaurian Era: The Ecloga and its Appendices* (pp. 10-12). Liverpool: Liverpool University Press.

Por ello, términos latinos fueron reproducidos en griego, en un proceso conocido como *exhellenismoi*, es decir, la escritura de glosarios jurídicos bilingües que intentaban aclarar términos latinos fosilizados, justinianeos y prejustinianeos, que comenzaron a surgir en las grandes escuelas jurídicas de Beirut y Constantinopla, a través de términos de uso común en la época. Se cree, al igual que en Occidente, que esos glosarios derivan de pequeñas glosas o anotaciones interlineales con el efecto de aclarar, y que con posterioridad se independizaron de ellas formando auténticos diccionarios jurídicos bilingües. Pero eran imperfectos y nos hacen ver el escaso conocimiento técnico de sus autores anónimos. El primero de ellos que podemos conocer es la *Ecloga*, que adolece también de defectos técnicos.

A la dinastía isáurica se la suele presentar como una era consumida en su totalidad por la agenda de su iconoclasmo, pero hoy en día, como viene sucediendo con distintos paradigmas de esos siglos, los especialistas ponen en duda que eso fuera lo que sintieran o experimentarían aquellos que vivieron la época.

En las traducciones siempre se tiene por delante la Ley Mosaica y el Apéndice de la *Ecloga*, pero los historiadores no están seguros de ello, ya que los textos, como buena parte de la literatura jurídica, del período no están en un único manuscrito, y los más antiguos son posteriores al siglo X, unos 250 años después de su redacción original.⁵⁶⁰

La *Ecloga* declara ser trabajo conjunto de León III y Constantino V, padre e hijo. Aunque hay especulaciones sobre la fecha de su publicación, se ha acordado marzo de 741 como comúnmente aceptada.

Ecloga se traduce del griego al castellano como “selección”. Una selección, según el propio texto, concisa y utilitaria del derecho romano de Justiniano. Pero del texto y del prólogo se desprende que sus autores no trabajaban directamente con los textos de Justiniano,

⁵⁶⁰ HUMPHREYS, *op. cit.* pp. 28-30.

sino con los trabajos de los “antecesores” que habían fragmentado el derecho romano escrito, de lo que se quejaban sin embargo los autores, quienes conocían la situación. Lo que no se ha descifrado aún es si trabajaron sobre reescrituras más o menos precisas o copias muy fieles del original. Pero también hay elementos legales originales en el texto.

En el proemio se menciona a la comisión redactora del texto. El *quaestor*, mismo funcionario palaciego cuyas atribuciones venían evolucionando desde tiempos de Constantino I, auxiliado por los *antigraphais*, funcionarios jurisdiccionales que también respondían cuestiones legales. También estaba integrada por patricios y por “temerosos de Dios”. De ello se desprende que la compilación fue obra de variadas personalidades de todo el Imperio, que en Constantinopla había aún una muy marcada y reconocible jerarquía judicial heredada del Bajo Imperio y, por supuesto, la obra era de inspiración divina y propósitos piadosos.

Para tener una magnitud de la obra, la compilación justiniana oscila en la cantidad de ciento cincuenta mil líneas escritas en latín, mientras que la *Ecloga* es de unas mil líneas en griego. Semejante compresión requirió una obra intelectual importante en cuanto a las partes que debían ser recortadas de aquellas que tenían que ser simplificadas sin perder del todo el fondo de ley romana.

Todo ello, a pesar de estar destinada a miembros de todos los estamentos legales y legisferantes del Imperio, jueces por sobre todos ellos. En los recortes y sintetizaciones, y en lo que quedó en pie, podemos entrever las políticas de toda una dinastía: a los jueces especialmente se dirigen las obligaciones sobre juzgar con la sabiduría de las Escrituras y a no aceptar dádivas. De igual manera se exhorta a los tribunales y a los notarios. Sin embargo, poco de las formas organizativas de ese sistema judicial nos son reproducidas en la *Ecloga*, lo que no quiere decir que no existieran. De lo expuesto se desprende que este sistema existía y era fuerte, ya que la norma en análisis no lo modifica ni lo sustituye.

El prólogo de la *Écloga per se* es la mayor descripción propia de los isaurios que se posee como material historiográfico. Nos habla de un mundo impregnado de frases de la escritura, en particular del Antiguo Testamento. Así, los isáuricos son presentados como guardianes y gobernantes del mundo cristiano, quienes son los nuevos elegidos y que, como el pueblo elegido del Antiguo Testamento, deben someterse a la ley. León III y Constantino V son así los sucesores de Moisés y Salomón, incorporándose como novedad la relación como modelo de los macabeos, asimilándose así como gobernantes que deben mantener la unidad, identidad e integridad del Imperio en tiempos de amenaza interior y exterior, de desintegración de ese mundo cristiano, como lo hicieron los macabeos siglos antes. La forma primera para esto era el cumplimiento de la Ley y el sostenimiento de los valores de la justicia, haciendo de este nuevo pacto uno similar al antiguo.⁵⁶¹

Pero los puntos más importantes de la *Ecloga* consistieron en la reformulación del derecho privado en las materias más importantes para ese mundo sensiblemente distinto en su cristianismo que desde los tiempos de Justiniano I: se reformulan el matrimonio, las herencias, el derecho de propiedad y los contratos. Sin embargo, las leyes matrimoniales han sido siempre tenidas como el ejemplo de la innovación normativa isáurica por excelencia. Normativas de este tipo, como las del derecho privado mencionadas, han sido siempre el núcleo de los cambios o continuidades morales desde la Antigüedad clásica, y dicha moralidad en lo atinente a la vida privada ha calado mucho más en el cristianismo primitivo y tardoantiguo. Como estandarte moral, los isáuricos limitaron las causales de divorcio.

Pero la ley criminal también fue sumamente modificada, pues es en esta materia donde el poder punitivo de la dinastía isáurica puede verse con mayor claridad. A los delitos como la traición, el

⁵⁶¹ HUMPHREYS, *op. cit.* p. 9.

homicidio o el robo, éstos tenían como crimen aquellos de la moral sexual como el adulterio, la fornicación ilegal, la violación, la bigamia y los matrimonios prohibidos, el incesto, la homosexualidad y la zoofilia. Muchos ya eran *crimina* en el derecho romano, pero hay algunas novedades como la penalización de la zoofilia ya que, como se ha visto, los isáuricos también abrevaban en el Antiguo Testamento, no solamente del derecho romano.⁵⁶²

También se generalizan más los castigos corporales, que se adicionan a la ejecución, el exilio o las multas pecuniarias. Por supuesto que los castigos corporales eran utilizados en las Antigüedades clásica y tardía, pero en la *Ecloga* toman el centro de la escena punitiva.

IV. Conclusión

En los dos siglos siguientes a la compilación justiniana, el derecho en el Imperio romano de Oriente fue perdiéndose y sufriendo una época de cambio conjuntamente con el devenir del Imperio. Es a mediados del siglo VIII cuando éste se reinventa a la luz de los designios de la última gran dinastía oriental, en un proceso de similares características al occidental, pero en donde ambas legislaciones no se influirán, pues como sabemos, el occidente latino tiene su propia historia en relación al *Corpus Iuris Civilis*.

En Oriente, esta historia jurídica todavía tendrá medio milenio de evolución. Pero el primer mojón de esa nueva historia posjustiniana en Oriente es la *Ecloga*, la simplificación y profundización en la cristianización que aquellos tiempos medievales requerían.

⁵⁶² *Ibidem*, p. 17.

V. Referencias bibliográficas

- ANDRÉS SANTOS, F. J. (2006). Algunos problemas de traducción de la terminología jurídica romana en el Imperio Bizantino. *Minerva. Revista de Filología Clásica*, (19), pp. 285-296.
- CHITWOOD, Z. (2017). *Byzantine Legal Culture and the Roman Legal Tradition 867-1056*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HUMPHREYS, M. (2017). *The Laws of the Isaurian Era: The Ecloga and its Appendices*. Liverpool: Liverpool University Press.
- POHL, W. (2003). The construction of communities and the persistence of paradox: an introduction. En R. CORRADINI, M. DIESENBERGER y H. REIMITZ. *The Construction of Communities in the Early Middle Ages. Texts, Resources and Artefacts*. Leiden-Boston: Brill.
- RINALDI, N. (2017). *Manual de Derecho Romano: Público y Privado*. Buenos Aires: Edictum.
- RUCHESI, F. (Ed.) (2023) *Cohesión social y transformaciones identitarias en la Edad Media*. Buenos Aires: Miño y Dávila.

Desterrados, migrantes y desplazados: una mirada a través del tiempo de los obligados a dejarlo todo

Por Norma Alicia Juárez y Soledad Andrea Peralta⁵⁶³

Resumen

Hablar de los obligados a migrar de su residencia, de los desplazados de sus hogares por razones de guerra o cataclismos climáticos, es reflexionar acerca de una realidad que se nos muestra a diario por los numerosos medios de comunicación, y nos preguntamos en qué difiere la experiencia de estos modernos desterrados con los que antiguamente, por diversas razones, sufrieron estas medidas. Las diferencias son muchísimas y lógicas por el transcurso del tiempo, pero existe un hilo conductor que une la experiencia de unos y otros, y es el sufrimiento por el desarraigo del hogar, de la patria. El tema del trabajo es extenso, encontrándose ampliamente estudiado por distinguidos juristas, por lo que lejos de la intención de las autoras es el pretender ser originales.

⁵⁶³ Abogadas. Docentes de la Universidad Nacional de Córdoba

La amplitud temática exige un marco, por lo que separamos el mismo en dos partes. Tratándose primeramente del destierro y los términos usados en la legislación penal en algunos relatos que aporta la literatura, su relación con el sentimiento de patria y religión en la experiencia de los pueblos antiguos y las causas de las persecuciones sufridas por determinados grupos de la sociedad.

En la segunda parte abordaremos lo referente a la migración, sus antecedentes normativos en Argentina, sobre las personas que debieron migrar o no tuvieron alternativa y fueron desterrados de su tierra de origen, ya sea por causas de guerra, económicas, sociales, políticas o religiosas. Asimismo, tratamos la Ley de Migraciones N° 25.871, sus antecedentes en el marco social en el cual se desenvuelven y un fallo resuelto por nuestro máximo tribunal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

En nuestro país, nos encontramos con numerosas corrientes migratorias, así como también situaciones en las cuales los no nacionales y hasta los propios ciudadanos se vieron obligados o fueron desplazados de su tierra natal por no cumplir con las leyes, o por no coincidir con las autoridades que gobernaban en ese momento.

Palabras clave: destierro; diáspora; migraciones

PRIMERA PARTE

I. Introducción

Como se expresó al inicio, el tema del destierro ha merecido un extenso tratamiento por parte de insignes especialistas de todas las épocas. Se trata aquí, por lo tanto, de presentar un enfoque un tanto diferente tomando como relevante una de las diversas causas que fundaban la imposición del destierro como penalidad, resultando de

ello la prohibición de morar en la propia tierra, como así también las circunstancias determinantes para que ciertos individuos optaran voluntariamente por el exilio, como si se tratara de dos caras de una misma moneda.

II. De los diversos significados de la palabra destierro

En relación al significado de la palabra central de este trabajo, se entiende que el término destierro, en una primera acepción en idioma español, es la pena consistente en echar a alguien del territorio o paraje determinado, para que transitoria o permanentemente resida fuera de él. La misma palabra, también alude al efecto de estar una persona desterrada; al lugar, pueblo o paraje donde mora el desterrado. Además, figuradamente, la palabra *destierro* alude a un sitio muy apartado de lo más céntrico y concurrido de una población, o de otro sitio, preferido por alguna razón o motivo.⁵⁶⁴ En relación al verbo *desterrar*, los romanos utilizaron las siguientes expresiones, *exilio multare, relegare, ablegare, amandare, rejicere, remove*.⁵⁶⁵ Estos y otros términos aparecen en pasajes de la legislación justiniana, relacionados a distintas situaciones, como cuando expresa “Los padres relegados en una isla retienen a sus hijos bajo su potestad”,⁵⁶⁶ Título XII de las *Institutas*, que se refiere a “De qué maneras se disuelve el derecho de potestad”. En las *Institutas* de Gayo se puede leer: “Es por

⁵⁶⁴ SAPIENS (1961). *Enciclopedia Ilustrada de la lengua castellana*. T. I. Buenos Aires: Sopena.

⁵⁶⁵ MACCHI, L. (Comp.) (1966). *Diccionario de la Lengua Latina*. Buenos Aires: Don Bosco.

⁵⁶⁶ I. 12. 2.

eso que si una mujer ciudadana romana encinta fuese objeto de la interdicción del agua y del fuego”.⁵⁶⁷

Según Mommsen (1999), la “*interdictio tecto, aqua et igni*” era un modo de librar a la comunidad romana de un individuo no ciudadano, prohibiéndole, por orden de los magistrados o por resolución de los comicios, de permanecer en el territorio de Roma, bajo pena de muerte.⁵⁶⁸ Según el mismo autor, expresa que en tiempos de Sila y en los primeros tiempos del Imperio, se introdujo como pena la que consistía en restringir la libertad de domicilio, distinguiéndose cuatro grados.

1º) Relegación sin cambio en la condición de la persona, sin amenaza de condena capital para el caso de quebrantar la relegación, y sin confinamiento. 2º) Relegación sin cambio en la condición de la persona y sin amenaza de pena capital para el caso de quebrantar la relegación, pero con confinamiento. Por costumbre, se daba a esta pena el nombre de relegatio in insulam. 3º) Relegación sin confinamiento, pero con amenaza de pena capital para el caso de quebrantar la relegación. Se la denominaba habitualmente *interdictio aqua et igni*. En un principio no implicaba cambio en la condición de la persona; pero desde Tiberio en adelante se la agravó con la pérdida del derecho de ciudadanía y la confiscación de bienes. 4º) Relegación con confinamiento y con amenaza de pena capital para el caso de quebrantar la relegación. Se privaba al condenado del derecho de ciudadano y se le confiscaban los bienes. Fue introducida por Tiberio y se la denominaba trasportación, *deportatio*.⁵⁶⁹

Según Carlos Tejedor (1871), en relación al destierro, destaca que

⁵⁶⁷ GAYO (1993). *Institutas* (p. 111). Traducción, notas e introducción por Alfredo Di Pietro. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

⁵⁶⁸ MOMMSEN, T. (1999). *Derecho Penal Romano* (p. 594). Bogotá: Temis.

⁵⁶⁹ *Ibidem*. p. 596.

de los que surge que los romanos conocían tres tipos de destierro. El primero dejaba la elección de los lugares, menos uno. El segundo fijaba el lugar con exclusión de los demás. El tercero consistía en mandar al delincuente a una isla y con cadenas, *in vincula insulae*. En la legislación intermedia, en España fue recogida fielmente del derecho romano por las Leyes de Partidas que disponían que las penas de destierro habrían de cumplirse recluyendo a los condenados en islas, considerándose ésta como una pena grave equiparable a la muerte civil, los castigados con tal pena eran los autores del delito de bigamia y los herejes. También en la legislación de Alfonso X aparecen las denominaciones referidas al destierro de deportados, relegados y banidos. Deportado era el desterrado por siempre en alguna isla donde se le toman demás todos los bienes. El relegado no perdía los bienes, sino que era destinado a un lugar para siempre o por tiempo cierto. Banido era el pregonado o encartado por algún yerro que haya fecho. El desterrado por tiempo cierto tenía pena del doble tiempo que quebrantó, si volvía sin licencia; y la muerte, si el destierro había sido perpetuo. Por otra ley, solo el rey o sus adelantados generales, podían imponer esta pena.⁵⁷⁰

En Partidas, 6. 3. 4, se lee: “*Non puede ser establecido por here-dero ningun ome que sea desterrado por siempre, a quien dizen en latin deportatus*”.

En Partidas, 7. 31. 4: “*Siete maneras son de penas, porque pueden los juclgadores escannentar a los fazedores de los yerros. E las quatro son de los mayores, e las tres, de los menores... la tercera es quando destierran a alguno para siempre en alguna ysla, o en algún lugar cierto, tomándole todos sus bienes*”.

Se dice en Partidas, 4. 18. 2:

Civil muerte es dicha, una manera que y ha de una pena, que fue establecida

⁵⁷⁰ TEJEDOR, C. (1871). *Curso de Derecho Criminal* (p. 84). Buenos Aires: Librería de Cl. M. Joly.

en las leyes, contra aquellos que fazeo tal yerro, porque merescen ser judgados o dañados para averla. E esta muerte a tal, que es llamada civil, se departe en dos maneras... la otra manera es quando destierran a alguno por siempre, e lo embían en algunas islas, o en algun otro lugar cierto onde nunca salga: e le toman, demás todos los bienes: e este a tal es llamado en latín deportatus.

Se expresa en Partidas, 7. 26. 2: “*E si non fuere creyente en la creen-
cia dellos más lo metiere en obra, yéndose al sacrificio dellos, mandamos
que sea echado de nuestro señorío para siempre*”.⁵⁷¹

En lo relacionado al destierro y al ámbito geográfico donde la pena debía cumplirse, se encuentra entre las disposiciones que regían en los territorios de la América Hispánica particularidades como

la prohibición de seguir residiendo, en todas las Indias, en los límites territoriales del virreinato de Nueva España, en la demarcación del tribunal, porque hubo situaciones en las que el reo podía permanecer en cualquier otro lugar del Nuevo Mundo fuera de esas circunscripciones, o en determinadas demarcaciones menores, tales como arzobispados u obispados, o poblaciones de la Nueva España. Por otra parte, en alguna ocasión, esta pena restrictiva de libertad consistió en prohibir al reo que abandonara las Indias sin la correspondiente autorización.⁵⁷²

III. Migraciones, destierro y exilio. El sentimiento religioso como causal

Las migraciones o movimientos de personas de uno a otro lugar

⁵⁷¹ BIBLIOTECA JURÍDICA VIRTUAL DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM <http://biblio.juridicas.unam.mx>

⁵⁷² *Ibidem*.

constituyen, como hecho social, un “fenómeno lentísimo”⁵⁷³ iniciado en los albores de la humanidad, que obedece a diversas causas. Se puede señalar como una de ellas el debilitamiento del sentimiento religioso, que para los antiguos estuvo siempre unido al significado de patria, como el lugar donde se rinde culto a los dioses. Para Fustel de Coulanges (1931), el decaimiento del culto familiar y del amor profundo a la patria tuvo como paulatina consecuencia la aceptación del exilio y luego del destierro, favoreciendo el proceso seguido por Roma para extender los límites de la *civitas*, que produjo no solo importantes cambios políticos, sino también muchos otros que, en forma muy profunda, modificaron la idiosincrasia de los habitantes. Asevera que la decadencia del sistema municipal fuertemente enraizado en el sentimiento religioso de cada pueblo, facilitó las conquistas de los territorios vecinos. Expresa que la variación producida en las costumbres, el derecho, las creencias y el sentido de patriotismo fue determinante para que los romanos, paso a paso, consolidaran el control en toda la península. En los antiguos, el sentimiento de patria y el apego a la tierra formaban parte de la religión: “Se amaba a la patria porque en ella se amaba a los dioses protectores; porque en ella estaba un pritaneo, un fuego divino, fiestas, oraciones, himnos, y porque fuera de ella no se encontraban dioses ni culto. Era un patriotismo de fe y de piedad”. Pero luego de estos cambios “ya no se amó a la patria por su religión y sus dioses, se la amó solamente por sus leyes, por sus instituciones, por los derechos y la seguridad que concedía a sus miembros”.⁵⁷⁴

El nuevo patriotismo ya no se adhería al pritaneo, a los dioses protectores, solo le interesaba el régimen político del momento, la

⁵⁷³ SUÁREZ FERNÁNDEZ, L. (1969). *Historia social y económica de la Edad Media europea* (p. 39). Madrid: Espasa Calpe.

⁵⁷⁴ FUSTEL DE COULANGES, N. (1931). *La ciudad antigua* (p. 526). Madrid: Daniel Jarro.

opinión de los hombres que le favorecían en sus intereses, “entonces se comenzó a emigrar voluntariamente, se temió menos el destierro. ¿Qué importaba el ser excluido del pritaneo y quedar privado del agua lustral? Ya no se pensaba en los dioses protectores y los hombres se acostumbraron fácilmente a prescindir de la patria”.⁵⁷⁵ Este cambio, según el autor citado, aparentemente conveniente y favorable provocó guerras intestinas, traiciones y crueles venganzas. Roma demostraba, así, su extraordinaria capacidad de adaptación asimilando de los pueblos vecinos, lo que le resultaba conveniente, para luego imponer con todo rigor un esquema ordenador favorable a sus objetivos. También cita a Montesquieu, quien, según dice, admira a los romanos por no haber impuesto sus dioses a los pueblos vencidos: “Roma conquistaba a los dioses de los vencidos y no le daba los suyos, conservaba sus protectores y procuraba aumentar su número”.⁵⁷⁶ Roma conquistaba a sus vecinos asimilando primero a sus dioses, a los cuales se podía ofrecer sacrificio en cualquier lugar de su vasto imperio.

Según Christopher Dawson (1962), el hombre primitivo veía “el mundo que lo rodeaba, como un universo de fuerzas misteriosas, superiores a las propias, a cuyo aplacamiento y servicio dedicaba la vida” y su necesidad imperiosa, “era equiparse o armarse psíquicamente en defensa de las poderosas y misteriosas fuerzas que lo rodeaban”.⁵⁷⁷ Roma tomó pleno dominio de los pueblos conquistados porque, al asimilar a sus dioses, absorbió y dominó todo. Desde entonces Roma fue para los conquistados, su dios protector y sintieron que cualquier sitio perteneciente al Imperio era su patria, dejando extinguir el amor por la propia tierra, la patria, el lugar de sus dioses y de sus ancestros, aceptando voluntariamente

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 527.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 525.

⁵⁷⁷ DAWSON, C. (1962). *Dinámica de la historia* (p. 108). Buenos Aires: Emecé.

incorporarse a una ciudad extranjera, tolerando el exilio y soportando el otrora temido destierro, como un mal menor.⁵⁷⁸ Se cita como ejemplo de este fenómeno el caso de

la *gens* Claudia que abandonó la Sabina, a consecuencia de las discordias intestinas y se trasladó a Roma, porque las instituciones romanas le agradaban más que las leyes de su país. Por la misma época emigraron a Roma muchas familias latinas, por no simpatizar con el régimen democrático del Lacio y acabar Roma de restablecer el patriciado.⁵⁷⁹

Otro ejemplo de pueblo que acepta vivir lejos de su lugar de origen es el del pueblo judío, que tras ser obligado a migrar fuera de Palestina, en la diáspora o dispersión, hecho referenciado en las Sagradas Escrituras, durante el cautiverio de Nínive en el año 722 antes de nuestra era. Este suceso

se refiere principalmente al exilio de las tribus del norte de Israel, conocido como Reino de Israel, por el Imperio Asirio tras la conquista de Samaria en 722 a.C. Este evento marcó el fin del reino y la dispersión de sus habitantes, muchas veces referidos como las Diez Tribus Perdidas. Nínive, la capital asiria, se convirtió en el destino de muchos de los exiliados, quienes fueron asentados en diversas regiones del imperio, incluyendo Mesopotamia.⁵⁸⁰

También en ocasión de la esclavitud sufrida en Babilonia en los años 596 y 587 antes de Cristo

⁵⁷⁸ FUSTEL DE COULANGES, *op. cit.*, p. 529.

⁵⁷⁹ DIONISIO, VI. 2. Citado por Fustel de Coulanges, en *op. cit.* p. 530.

⁵⁸⁰ https://www.google.com/search?q=cautiverio+del+pueblo+judio+en+Ninive&rlz=1C1ALOY_esAR974AR1003&oq=cautiverio+del+pueblo+judio+en+Ninive&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOdIBCjM0OTI1ajBqMTWoAgiwAgHxBaYmG0u56j_58QWmJhtLueo_-Q&sourceid=chrome&ie=UTF-8

se conoce con el nombre de Cautiverio de Babilonia o Cautividad en Babilonia al período en el que parte considerable de los habitantes del reino de Judá estuvieron exiliados en Babilonia. Comenzó la deportación y el exilio de los judíos inmediatamente después de la toma de Jerusalén y la destrucción del templo por Nabucodonosor II, y finalizó con el edicto del rey persa Ciro de 538 a.C., que permitió el regreso de los judíos a sus tierras de origen al año siguiente.⁵⁸¹

Después de obtener la libertad, muchos de este pueblo, que habían entrado en íntimo contacto con la gente perteneciente al pueblo de sus captores, decidieron no regresar, permaneciendo en tierra extranjera, formando nutridas colonias judías en la zona de Mesopotamia. Este es el caso especial de una parte de pueblo hebreo, que, según autores cristianos, formaron fuera de su país de origen un importante centro de estudios rabínicos del cual surgió el Talmud de Babilonia,⁵⁸² constituyendo el núcleo principal de población judía fuera de Palestina, hasta su incorporación al mundo helénico con la conquista de Alejandro Magno. Pero aquí las creencias religiosas jugaron un papel distinto al caso anterior, ya que este núcleo poblacional, llamados helenistas, “se sentían en tan apartadas regiones como miembros de un mismo cuerpo y formaban una ciudad cerrada, que no admitía mezclas ni filtraciones de los demás pueblos”.⁵⁸³ Se advierte que en este caso la fe religiosa jugó un papel distinto y aunque estos judíos de la diáspora, estos helenistas trataron de conservar la pureza de sus creencias, esto no les resultó fácil conviviendo en contacto con las idolatrías paganas. La realidad de ese contacto fue que hubo una

⁵⁸¹ CAUTIVERIO DE BABILONIA (s. f.). En *Wikipedia*. Recuperado el 15 de agosto de 2025. https://es.wikipedia.org/wiki/Cautiverio_de_Babilonia

⁵⁸² LLORCA, B. (1955). S. I. *Historia de la Iglesia Católica* (p. 31). T. I. 2° edición. Madrid: BAC.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 31.

influencia recíproca de las ideas religiosas sostenidas por uno y otro pueblo, lo cual fue entendido por los cristianos como un designio divino, que de ese modo preparaba al mundo pagano para la venida del Mesías.⁵⁸⁴ La idea de un Dios trascendente creador del mundo y la promesa cierta de que llegaría un Salvador, sostenida por el pueblo hebreo y luego por los cristianos, cambió el rumbo de la historia y obligó a los romanos a hacer lo que nunca antes hicieron: interferir en los asuntos de la fe religiosa de los habitantes del Imperio.

Los cristianos en el ámbito hegemónico del Imperio romano atestiguaban con su vida sus creencias y durante mucho tiempo pudieron practicar libremente su religión, sobresaliendo entre ellos el espíritu de caridad y colaboración asistiendo a todo aquel que se viera avasallado por la moral pagana. Paulatinamente, esta forma de concebir la vida, marcada por el esfuerzo y la resignación, como quien se siente seguro en la existencia de algo que lo trasciende, hizo surgir sospechas y por último un intenso odio contra ellos. Los cristianos, seguidores de Cristo, rechazaban los dioses y todo el culto de los romanos. Aseguraban que su religión era la única verdadera y por lo tanto se dedicaron a un intenso proselitismo, llevando un mensaje de salvación a todo aquel que se bautizara y aceptara llevar una nueva vida. Tácito, escritor pagano, califica al cristianismo como una “superstición funesta, que iba cundiendo en Roma donde confluye todo lo perverso y vergonzoso”.⁵⁸⁵ También dice que los cristianos odian y van contra todo el género humano. Todo esto preparó el camino de las persecuciones de cuya crueldad dieron testimonio los mártires. Estas persecuciones llevadas a cabo por el Estado romano se fundamentaron en leyes, como aquella que prohibía la magia, pues se creía que los cristianos cometían toda clase de sortilegios, y se les aplicaba la pena capital. También

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 30.

⁵⁸⁵ LLORCA, op. cit., p.172.

se basaban en la ley contra el sacrilegio, que penaba con la muerte a todo aquel que se negara a ofrecer víctimas a los dioses del Panteón romano. Otra justificación se encontraba en la ley de lesa majestad contra la patria, que se tipificaba con la negativa a dar culto a la persona del emperador, considerado como símbolo del estado.⁵⁸⁶ De las atroces formas de suplicio y muerte impuestas a los cristianos que no querían abjurar de su fe dan testimonio las Actas de los Mártires.⁵⁸⁷ En algunos casos, y por tratarse de personas encumbradas de la sociedad romana que hubiesen abrazado la fe cristiana, se impuso el destierro como sanción, como es el caso de dos mujeres pertenecientes a la nobleza romana de lo que da cuenta Dión Casio, Flavia Domitila, esposa de Flavio Clemente, cónsul en el año 95 de nuestra era, primo hermano de Tito y Domiciano, quién en su condición de mujer noble fue relegada a la Isla Pandataria. También el caso de Flavia Domitila, la joven, sobrina de Flavio Clemente, desterrada a la Isla Poncia.⁵⁸⁸ También fue condenado al destierro San Juan Apóstol, confinado en la isla de Patmos por el emperador romano Domiciano. Este destierro ocurrió debido a su testimonio de Jesucristo y su predicación de la fe cristiana. En la isla de Patmos, se cree que Juan tuvo las experiencias místicas que luego relató en el Libro del Apocalipsis. Después de la muerte de Domiciano, Juan regresó a Éfeso. La tradición también cuenta que Juan fue sumergido en aceite hirviendo en Roma antes de su destierro, pero salió ileso.⁵⁸⁹

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 175.

⁵⁸⁷ LARREA, A. (1913). *Edad heroica del cristianismo* (p. 12). Córdoba: Librería Católica.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, p. 182.

⁵⁸⁹ https://www.google.com/search?q=San+Juan+Apostol+y+Evangelista+fue+desterrado%3F&rlz=1C1ALOY_esAR974AR1003&oq=San+Juan+Apostol+y+Evangelista+fue+desterrado%3F&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEE

SEGUNDA PARTE

I. Una primera aproximación hacia la migración

Los desplazamientos de las personas hacia las grandes capitales, fruto del autoritarismo, así como también por causas económicas y políticas, entre otras, fueron los motivos determinantes del traslado de la población, de manera obligada y sin su consentimiento, a lugares donde consideraban obtendrían una mayor calidad de vida al asentarse en países diferentes a los de sus orígenes. Lograron una tranquilidad momentánea, pero se encontrarán totalmente aislados de su tierra natal, costumbres, familiares y tradiciones, generando un desarraigo total.

Entre los años 1820 y 1924 se produjo una gran emigración, donde varios millones de europeos traspasaron el océano Atlántico con la ilusión de lograr una vida de calidad, siendo la Argentina el segundo país luego de Estados Unidos en haber recibido la mayor cantidad de migrantes. Asimismo, muchos argentinos tuvieron que partir rumbo a otras latitudes para lograr una vida más tranquila y lejos de las persecuciones que se produjeron en momentos muy particulares de nuestra historia.

II. Antecedentes normativos

A partir de la Revolución de Mayo comenzamos con la construcción de nuestro Estado nacional, con el que la inmigración europea se encuentra profundamente vinculada desde sus inicios.

[UYOTIHCAEQIRigATIHCAIQIRigATIHCAEQIRigAdIBCjQxNDIwajBqMTWoAgiwAgHxBaZOBiOipU_8QWmTgYrToqVPw&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=UYOTIHCAEQIRigATIHCAIQIRigATIHCAEQIRigAdIBCjQxNDIwajBqMTWoAgiwAgHxBaZOBiOipU_8QWmTgYrToqVPw&sourceid=chrome&ie=UTF-8)

En el año 1812, con el primer triunvirato se promueve el arribo de personas comprometidas con el trabajo. Nuestro país promovió el ingreso de inmigrantes europeos, con la finalidad de ocupar las extensas tierras, pero principalmente para lograr el desarrollo agropecuario. El 4 de septiembre del mismo año⁵⁹⁰ se produce el primer decreto del gobierno argentino sobre el fomento de la inmigración, en el cual establecía que el gobierno les brindaría protección inmediata a los individuos de todas las naciones con sus familias, asegurándoles el pleno goce de los derechos, con tal que no perturben la tranquilidad pública y respetaran las leyes de nuestro país.

Siendo la población el principio de la industria y el fundamento de la felicidad de los estados, y conviniendo promoverla en estos países por todos los medios posibles; ha acordado el Gobierno expedir el siguiente decreto: El gobierno ofrece su inmediata protección a los individuos de todas las naciones, y a sus familias que quieran fijar su domicilio en el territorio del Estado, asegurándoles el pleno goce de los derechos del hombre en sociedad, con tal que no perturben la tranquilidad pública, y respeten las leyes del país.⁵⁹¹

En el año 1876 se sancionó y promulgó la Ley N° 817,⁵⁹² primera que regula la inmigración y colonización, durante la presidencia de Nicolás Avellaneda. Ésta se compone de dos partes, cuyos artículos de la primera estaban dedicados a la inmigración y la segunda parte a la colonización, la cual fue derogada en el año 1903 al sancionarse la Ley N° 4.167⁵⁹³ de Venta y Arrendamiento de Tierras Fiscales.

⁵⁹⁰ ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN (2012). *Fondos Documentales. Período Nacional. Volumen II*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/libronacional_0.pdf.

⁵⁹¹ MUSEO DE LA INMIGRACIÓN (s. f.). *Argentina, tierra de inmigrantes*. Muestra itinerante. <https://www.unc.edu.ar/sites/default/files/MUESTRA%20ITINERANTE.pdf>

⁵⁹² *Ibidem*, nota 2.

⁵⁹³ LEY N° 4.167 sancionada el 30/12/1902 y promulgada el 08/01/1903.

El continente europeo, con la Primera Guerra Mundial en 1914, tuvo ese marco de referencia cambiante y dinámico, determinando que se abrieran o cerraran sus fronteras como consecuencia de las causas bélicas, sociopolíticas y económicas.

En 1945, finalizada la Segunda Guerra Mundial, por pocos años se produce un nuevo movimiento migratorio, especialmente de italianos y españoles. La vida desarrollada por los parientes en nuestro territorio hizo posible que el resto de las familias y amigos quisiesen trasladarse al país. Se producen numerosas cartas de llamada, consistiendo en un tipo de permiso que les permitía salir de los países europeos, y funcionaba como una visa de ingreso para Argentina. Ello constituyó el principal motivo de traslado para emprender el itinerario con destino a la tierra prometida, nuestra amada Argentina.

Entre 1947 y 1950, el proyecto estatal en el ámbito migratorio se fundamenta en la selección de los inmigrantes, ya que se preferían los técnicos industriales, pescadores, obreros industrializados, entre otros, teniendo especial consideración en personas sanas físicamente, las cuales eran distribuidas de manera estratégica para lograr el primer proyecto colonizador.

Luego, en el período de 1953 a 1957, se da preferencia a los naturales respecto del crecimiento vegetativo, reglamentando el movimiento migratorio con la creación de planes sociales y privados de colonización. Sin importar los tipos de gobiernos actuantes, en los próximos años se trata de adecuar las posibilidades del país a las grandes cantidades de contingentes migratorias con las oportunidades de ocupación.

Por ello, las políticas estatales, ya sean gobiernos militares o democráticos, estuvieron avocados a la implementación de restricciones, políticas de selectividad, amnistías, cuyas medidas estuvieron ampliamente superadas por la realidad de los inmigrantes, quienes

buscaban una calidad de vida mejor en nuestro territorio, generando que ese deseo sea cumplido sin restricciones y mucho menos respetando las normas oficiales de aquellos tiempos.

Nuestra Constitución Nacional, en su artículo 20,⁵⁹⁴ establece que

los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión no están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias”. Ello implica que la legislación máxima argentina otorga igualdad de derechos y obligaciones a nativos y extranjeros en todo nuestro territorio nacional.

Y más específicamente lo estipula en su preámbulo, el cual expresa: “Con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”.

Nuestro preámbulo es absolutamente claro al especificar que “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”. Debe comprenderse que los extranjeros podrán acceder al territorio nacional, siempre y cuando demuestren cumplir con los requisitos necesarios para ingresar de manera legal al país. Caso contrario, habilita al Estado nacional, por medio de sus órganos administrativos, para expulsar a quienes no cuenten con los papeles necesarios para acreditar su correcto ingreso, o cuando se detecte que continúan en el territorio luego de vencido el plazo otorgado para permanecer, o en aquellos supuestos en donde participaron en la comisión de algún delito.

⁵⁹⁴ CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA (1994). Artículo 20. Recuperado el 15 de agosto de 2025. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

II. El destierro en la actualidad

Según la Real Academia Española, destierro es una “pena que consiste en expulsar a alguien de un lugar o de un territorio determinado, para que temporal o perpetuamente resida fuera de él”.⁵⁹⁵ Es decir, el Estado impone este tipo de pena a aquellas personas que cometen un delito o una conducta reprochable.

En tiempos pasados se utilizaba como un castigo de categoría inferior a la pena de muerte. Consistiendo el tiempo de destierro según el hecho cometido, pudiendo ser desde un año hasta la perpetuidad, incluyendo una distancia que iba desde las cinco leguas a la redonda de una población, hasta llegar a ser desterrado de la jurisdicción o de la provincia, según la gravedad de la falta cometida. A modo de ejemplo podemos citar: las heridas, malos tratos y los golpes se castigaban con un año de destierro, cinco leguas a la redonda de la población; el hurto se penaba con cuatro años de destierro, diez leguas de distancia de la población; el homicidio culposo se castigaba con diez años de destierro, cinco leguas de distancia del poblado; el robo se sancionaba con dos años de destierro de la jurisdicción y el homicidio se condenaba con diez años de destierro de la provincia y los debía de cumplir sirviendo en un convento, iglesia, obrajes o hacienda, en el lugar que la justicia fijaba.

Con respecto a los que se dedicaban a injuriar, ultrajar o deshonorar de palabra o por escrito, los escandalosos y bulliciosos de la tranquilidad pública, estafadores, falsificadores, encubridores de un delito, el castigo consistía en el destierro, siendo el plazo establecido según el criterio del juzgador. “Los falsificadores de una bula, sello o cuño, de una pesa y medida, los que cometían incesto debían de ser desterrados de forma perpetua de la provincia y jurisdicción”.⁵⁹⁶

⁵⁹⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (s. f.). Destierro. En *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado el 15 de agosto de 2025. <https://dle.rae.es/destierro?m=form>

⁵⁹⁶ ARCHIVO HISTÓRICO JUDICIAL DE OXACA (s. f.). *Hacer Justicia en la Época*

Podemos expresar que la figura del destierro existió desde los inicios de nuestra nación, por ello mencionaremos los trascendentes, expresando que nuestro análisis no será exhaustivo, sino enunciativo. Comenzaremos por la primera experiencia de destierro fue en el año 1824, cuando el general San Martín abandonó las Provincias Unidas del Río de la Plata, instalándose en París, lugar donde falleció luego de transcurridos veintiséis años después. Su salida del país fue “consecuencia de una penalización por su actuación/ideario política/o.”⁵⁹⁷

La segunda experiencia fue el numeroso exilio de la Generación de 1937, quienes se trasladaron a países limítrofes como Uruguay, Chile, Bolivia y Brasil, constituyendo un grupo muy heterogéneo en su composición política y generacional, identificándolo como un colectivo enemigo o víctima de Juan Manuel de Rosas.⁵⁹⁸

Quienes huían, eran considerados fugitivos, es decir delincuentes que evitaban la justicia, cobardes, prófugos y locos, pero también expulsados (proscriptos) por los delitos cometidos. Para los exiliados, su condición era la de un perseguido por sus ideas políticas, expulsados por la ingratitud de la patria y por el poder arbitrario y despótico. Señalaban que su situación de perseguidos no los hacía culpables de ningún delito. Sarmiento decía que no eran prófugos, sino echados por la desgracia.⁵⁹⁹ Por un lado, se veían como víctimas,

Colonial. <https://archivohistoricojudicialoaxaca.wordpress.com/hacer-justicia-en-la-epoca-colonial/>

⁵⁹⁷ JENSEN, S. (2007, 19 al 22 de septiembre). *El exilio argentino de la última dictadura en contextos: Formas de abordaje e implicancias ético-políticas*. XI Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Departamento de Historia. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Tucumán, San Miguel de Tucumán. <https://cdsa.aacademica.org/000-108/764.pdf>

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 18.

⁵⁹⁹ SARMIENTO, D. (1949). *Política Argentina, 1841-1851. Obras Completas*. Tomo

despojados o huérfanos, y por el otro, valoraban el destierro como acto razonable (salvar la vida o conservar la libertad), ético (evitar prostituirse conviviendo bajo un régimen ilegítimo e inmoral) y útil (propaganda del propio ideario, denuncia del poder sanguinario y retaguardia militar).

Aquí, nos detendremos para expresar unas líneas sobre Domingo Faustino Sarmiento, nacido el 15 de febrero de 1811 en la provincia de San Juan, uno de los próceres argentinos que llegó a ocupar el cargo de presidente de la nación entre los años 1868 y 1874 y que tuvo una participación muy activa en la literatura nacional.

Cursó sus estudios en la Escuela de la Patria de su ciudad natal entre 1815 y 1821. En 1823, luego de tratar vanamente de ingresar al Colegio de Ciencias Morales en Buenos Aires, trabajó como asistente del ingeniero Víctor Barreau en la Oficina de Topografía de San Juan. Su tío, el presbítero José de Oro, a cargo de los estudios de Domingo, fue desterrado en 1825 por exhibirse contra las reformas eclesiásticas. Se trasladaron juntos a San Luis, donde Sarmiento fundó su primera escuelita, siendo maestro y discípulo al mismo tiempo. De regreso a la ciudad, fue dependiente de la tienda de un familiar y, ya desde entonces, el joven Sarmiento leía cuanto libro podía obtener.

En el año 1831 se produce el triunfo federal y el éxito posterior de Facundo Quiroga reconquistando las provincias andinas, que ocasionaron el primer destierro de Sarmiento que emigró a Chile, permaneciendo hasta 1836, donde realizó diferentes actividades para subsistir. Estudió inglés, francés, alemán, leyó sobre historia y derecho. En una escuela de la provincia de Los Andes trabajó como profesor, donde mantuvo con la alumna María Jesús del Canto una relación amorosa de la que nació su única hija Ana Faustina, quien lo acompañó durante toda su vida. Mientras se desempeñaba como

VI. Buenos Aires: Luz del Día.

minero, contrajo fiebre tifoidea y, a pedido de su familia, el entonces gobernador Nazario Benavidez le permitió volver a su ciudad natal.⁶⁰⁰

Contrajo matrimonio en 1848 con la viuda de su amigo Domingo Castro y Calvo, llamada Benita Martínez Pastoriza, y adoptó al hijo de éstos, Domingo Fidel (Dominguito), quien, al estallar la guerra contra Paraguay, pese a la oposición de su madre, se alistó en el ejército argentino donde obtuvo el grado de capitán. Dominguito falleció a los 21 años, en 1866. Sarmiento escribió la biografía de su apreciado hijo adoptivo, *Vida de Dominguito*. La prematura muerte del joven lo entristeció hasta su propia muerte, acaecida en Paraguay el 11 de septiembre de 1888, a los 77 años de edad. Sus restos fueron sepultados en el Cementerio de la Recoleta en la ciudad de Buenos Aires.

Sarmiento fue un político, escritor, docente, periodista, militar y estadista argentino; gobernador de la provincia de San Juan en los años 1862-1864, presidente de la Nación Argentina en 1868-1874, senador nacional por su provincia en 1874-1879 y ministro del Interior en 1879. Por ello, se aprecia una vida muy activa e intensa. Sin ánimo de desmerecer a los demás próceres argentinos, quisimos resaltar que tuvo una profunda actividad dedicada a nuestro país, en pleno crecimiento y desarrollo en aquellos tiempos.

También tuvo que exiliarse Dalmacio Vélez Sarsfield, abogado y político argentino, autor del Código Civil argentino, cuya vigencia fue hasta el año 2015. Por cuestiones de extensión del presente trabajo, no nos centraremos en su interesantísima historia y solo comentaremos que su enemistad con Juan Manuel de Rosas le generó como consecuencia su destierro a Montevideo.

⁶⁰⁰ SECRETARÍA DE CULTURA DE LA NACIÓN (2021, 15 de febrero). *Domingo Faustino Sarmiento: el hombre, el político, el escritor, el viajero*. <https://www.cultura.gob.ar/domingo-faustino-sarmiento-el-hombre-el-politico-el-escriptor-el-viajer-10137/#:~:text=La%20victoria%20federal%20en%201831,realizando%20distintas%20actividades%20para%20subsistir>.

Debemos mencionar el exilio de Juan Domingo Perón por el golpe militar del año 1955. El general derrocado manifestaba que su exilio era como un renunciamento, un gesto magnánimo o el precio a pagar para evitar un derramamiento de sangre. Sus detractores de la Revolución Libertadora calificaron su destierro como el camino del infame. Este prófugo estaba pagando desde el extrañamiento –que implicó persecución para que abandonara Latinoamérica, confiscación de bienes, apertura de un proceso penal por estupro y privación de nacionalidad– los pecados cometidos durante su gobierno: inmoralidad, avaricia, corrupción, incapacidad política, autoritarismo. Perón respondía a esas acusaciones mostrando que pese a la campaña oficial, ni siquiera su traslado a España lo hizo renunciar a ser “guía” del pueblo argentino. Su exilio nada tenía de dorado y no implicaba olvido.⁶⁰¹

Por último, nos encontramos con los acontecimientos del año 1976, cuya población sufrió un movimiento masivo de exilios, que se extendió hasta 1983. Ello fue consecuencia del golpe militar que generó el quiebre de las instituciones democráticas en nuestro territorio. En este exilio confluyeron los que huían de la represión, algunos por sus propios medios y otros con la ayuda de gobiernos extranjeros, partidos políticos y organizaciones humanitarias del mundo; los que salieron usando su pasaporte y fingiéndose viajeros o turistas y los que lo hicieron en forma clandestina; los que salieron de la cárcel o de los “chupaderos” y los que cargaron con la expulsión de la Junta Militar que les aplicó la “opción” de salir del país. Asimismo, afectó a todas las clases sociales, es decir, a las clases más pudientes como a los que menos poseían.

En este breve recorrido realizado se puede percibir que los hechos se repiten a lo largo del tiempo y que es el Estado el principal responsable de garantizar a sus ciudadanos y a los extranjeros sus derechos

⁶⁰¹ PERÓN, J. D. (1996). *Los libros del exilio, 1955-1973*. Buenos Aires: Corregidor.

fundamentales en cuanto al ingreso y egreso del país. Estableciendo normas claras que rijan la temática, pero por sobre todas las cosas, que al momento de expulsar a los no nacionales se les informe de manera fundada el motivo que generó su exclusión, para que pueda ejercer oportunamente su derecho de defensa.

III. Ley de Migraciones N° 25.871

La aprobación de la nueva Ley Nacional de Migraciones generó como consecuencia la derogación de la llamada “Ley Videla”, que desencadena que del Estado gendarme pasemos a ser un Estado de derecho en cuanto a la política migratoria de nuestro territorio. Supone un profundo cambio de enfoque, ya que a partir de allí se introduce la perspectiva de derechos humanos como resultado de los numerosos tratados internacionales ratificados e introducidos con jerarquía constitucional.

El 17 de diciembre 2003 fue sancionada la Ley 25.871, promulgada el 20 de enero de 2004, la cual establece en su artículo 1: “La admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de personas se rigen por las disposiciones de esta ley y su reglamentación”. Asimismo, en su artículo 2° dispone que “se entiende por inmigrante todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país conforme a la legislación vigente”.

En su Título I, “De los Derechos y Obligaciones de los extranjeros”, dispone que “el derecho a la inmigración es esencial e inalienable de la persona” (artículo 4°). También estipula en el capítulo 2, “De las Obligaciones de los inmigrantes y atribuciones del Estado”, que deberán cumplir con las obligaciones enunciadas en la Constitución Nacional, los tratados internacionales adheridos y las leyes vigentes (artículo 18).

En el Título II, “De la Admisión de Extranjeros a la República Argentina y sus Excepciones”, en el capítulo 2, “De los Impedimentos”, el artículo 29 prescribe:

Serán causas de impedimentos en el ingreso y permanencia de extranjeros en nuestro territorio:

- a) Presentación ante la autoridad de documentación nacional o extranjera material o ideológicamente falsa o adulterada; o la omisión de informar sobre la existencia de antecedentes penales, condenas o requerimientos judiciales; o haber articulado un hecho o un acto simulado o celebrado en fraude a la ley o con vicio del consentimiento con la finalidad de obtener un beneficio migratorio; o la falta de exhibición de un documento que demuestre una oferta efectiva de trabajo, cuando el requerimiento de ingreso obedeciera a ese motivo;
- b) tener prohibido el ingreso, en virtud de una prohibición dictada, hasta tanto esa medida haya sido revocada o se hubiese cumplido el plazo impuesto al efecto; haber sido objeto de medidas de expulsión o de prohibición de reingreso;
- c) haber sido condenado o tener antecedentes, en la República Argentina o en el exterior, por delitos que para la legislación argentina merezcan pena privativa de la libertad de igual o mayor a tres (3) años, cualquiera fuese la modalidad de cumplimiento;
- d) haber sido condenado, en la República Argentina o en el exterior, por delitos que para la legislación argentina merezcan pena privativa de la libertad menor a tres (3) años, cualquiera fuese la modalidad de cumplimiento;
- e) haber sido sorprendido en flagrancia por delito de acción pública que pudiera dar lugar a la suspensión del juicio a prueba o medida alternativa;
- f) haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad, y todo otro acto susceptible de ser juzgado por la Corte Penal Internacional;

- g) haber incurrido o participado en actividades terroristas, en actividades que propicien la violencia o ideas contrarias al sistema democrático, o pertenecer o haber pertenecido a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por la Ley N° 23.077;
- h) haber sido condenado, en la República Argentina o en el exterior, por haber promovido o facilitado, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros en el territorio argentino, o haber participado en su promoción o facilitación;
- i) haber ingresado o intentado ingresar en el territorio nacional eludiendo los controles migratorios, o por un lugar o en horario no habilitados al efecto;
- j) haber desnaturalizado los motivos de ingreso o admisión en el país, o bien cuando razones fundadas llevaran a la conclusión de que la autorización de ingreso o permanencia concedida hubiera sido motivada por la realización de actividades diferentes a las oportunamente invocadas, ya fueran de carácter lícito o no;
- k) haber egresado del territorio argentino en cumplimiento de una extradición otorgada definitivamente;
- l) el incumplimiento de los requisitos de regulación migratoria exigidos por la presente ley.

A los fines del presente artículo, se entenderá por condena a toda sentencia condenatoria, independientemente de si se encontrare firme o no, y se entenderá por antecedente al auto de procesamiento al cierre de la investigación penal preparatoria con requisitoria de citación a juicio, a la elevación a juicio o a cualquier acto procesal equiparable a estos.

Los Poderes Judiciales y los Ministerios Públicos Fiscales deberán notificar a la Dirección Nacional de Migraciones todo auto de procesamiento, cierre de la investigación penal preparatoria con requisitoria de citación a juicio o acto equiparable y sentencia condenatoria por delito penal dictada contra un extranjero en el plazo de cinco (5) días hábiles de haberse dictado, aun sin encontrarse firme.

Excepcionalmente, por motivos acreditados y fundados en razones humanitarias, de reunificación familiar o cuando se vieran afectados gravemente derechos de menores de edad, la Dirección Nacional de Migraciones podrá admitir en el país a los extranjeros comprendidos en los impedimentos previstos en el presente artículo.

La autoridad migratoria no podrá, en ningún caso, admitir en el país a un extranjero que hubiese sido condenado o tenga antecedentes por la comisión de un delito doloso contra la vida, la integridad sexual o los poderes públicos y el orden constitucional.

Cuando en los términos del párrafo precedente se invoque el derecho a la reunificación familiar, deberá acreditarse en forma fehaciente la convivencia, interés afectivo y económico del grupo familiar. La mera perturbación de las relaciones familiares, como consecuencia de la legítima inadmisión o expulsión, no resultará suficiente para considerar afectado el derecho de reunificación familiar. La concesión de la dispensa excepcional deberá estar debidamente motivada sobre la base de una interpretación restrictiva de las razones que la habilitan.

El presente artículo fue sustituido por el artículo 8 del Decreto N° 366/2025, Boletín Oficial 29/05/2025, vigencia a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial.

Nuestro régimen legal migratorio recientemente ha sufrido una reforma en cuanto a la regulación sobre el ingreso de extranjeros a nuestra nación, por ello se puede advertir que se recrudecieron las normas que impiden su ingreso y permanencia, ya que anteriormente no se consideraba que tuviesen antecedentes penales. Es una política de protección para todos los habitantes de argentina, ya que los extranjeros de bien pueden ingresar libremente, siempre y cuando no posean antecedentes de haber cometido delitos.

En el Título III, “Del ingreso y egreso de personas”, capítulo 1, “Del ingreso y egreso”, el artículo 34 establece:

El ingreso y egreso de personas en el territorio nacional se realizará

exclusivamente por los lugares habilitados por la Dirección Nacional de Migraciones, sean éstos terrestres, fluviales, marítimos o aéreos, oportunidad y lugar en que serán sometidos al respectivo control migratorio.

A fin de ingresar en el territorio nacional, los extranjeros que soliciten admisión bajo cualquiera de las categorías migratorias previstas en la normativa vigente deberán presentar una declaración jurada en la que manifiesten el propósito de su ingreso, que cuentan con un seguro de salud para atender sus necesidades médicas y las demás condiciones que establezca la reglamentación.

Dicho artículo fue modificado por el Decreto N° 366/2025, el cual introduce la obligatoriedad de contar con la contratación de un seguro de salud para poder ingresar al país.

Seguidamente en el artículo 35 estipula:

La Dirección Nacional de Migraciones procederá al inmediato rechazo en frontera e impedirá el ingreso al territorio nacional a todo extranjero:

- a) que pretenda ingresar con documentación destinada a acreditar la identidad que no cumpliera las condiciones previstas en la legislación vigente, en tanto no se trate de un reingreso motivado por un rechazo de un tercer país;
- b) que manifieste que su motivo de ingreso encuadra en la categoría turista, en tanto la autoridad migratoria determine que no encuadra en lo normado por el artículo 24, inciso a) de la presente ley;
- c) sobre el cual pese una sospecha fundada de que la real intención que motiva el ingreso difiere de la manifestada al momento de obtener la visa o presentarse ante el control migratorio;
- d) cuyo ingreso irregular sea advertido al momento de realizarse o inmediatamente después;
- e) que se encuentre comprendido en alguno de los impedimentos previstos por el artículo 29 de la presente ley;
- f) cuando se verifiquen situaciones que constituyan una emergencia

crítica en materia de salud pública o de seguridad nacional, siempre que la emergencia haya sido declarada por disposiciones normativas específicas.

Aquellos rechazos motivados en los impedimentos establecidos por el artículo 29 llevan implícita la prohibición de reingreso al país por un término que en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años, y se graduará según la importancia de la causa que la motive.

En todos los casos, se comunicará a la empresa transportadora la obligación de reconducción del extranjero rechazado, al lugar de procedencia, en el medio de transporte en el que arribó, en caso de imposibilidad, en otro medio dentro del plazo perentorio que se fije al efecto, siendo a su cargo los gastos que ello ocasione.

Si resultare necesario, en casos de extrema gravedad, para preservar la salud e integridad física del extranjero, la autoridad migratoria podrá retener su documentación y otorgarle una autorización provisoria de permanencia. Esta autorización le permitirá la estadía dentro del territorio de la República Argentina, pero no constituirá admisión bajo ninguna de las categorías definidas en la presente ley.

La autoridad migratoria deberá tomar todos los recaudos necesarios a fin de evitar la elusión de la orden de salida por parte del extranjero.

Las decisiones adoptadas en virtud del rechazo del ingreso al país de todo extranjero serán recurribles exclusivamente desde el exterior, mediante petición efectuada ante las delegaciones diplomáticas de la República Argentina”.

El presente artículo también fue sustituido por el Decreto N° 366/2025.

El Estado argentino cuenta con los artículos 29 y 61 de la ley, los cuales les permite determinar quiénes serán admitidos y a cuáles podrá deportar. Previamente deberá “tener en cuenta factores humanitarios tales como los lazos familiares, duración de la residencia

en el país, ocupación y condiciones sociales personales,⁶⁰² y otorgar la oportunidad de regularizar la situación”.⁶⁰³, ⁶⁰⁴

El artículo 61 habilita al gobierno nacional para cancelar un permiso de residencia e iniciar el procedimiento de expulsión contra personas extranjeras, debiendo intimarlas para que regularicen su situación, caso contrario se procederá a su expulsión.⁶⁰⁵

Asimismo, estipula que las cancelaciones de residencias deberán ser inmediatamente comunicadas al Registro Nacional de las Personas (RENAPER), a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), al Registro Nacional de Reincidencia y a los jueces competentes en materia electoral según la jurisdicción. También dispone que los Poderes Judiciales y los Ministerios Públicos Fiscales deberán notificar a la Dirección Nacional de Migraciones todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación penal preparatoria con requisitoria de citación a juicio o acto procesal equiparable y

⁶⁰² LEY 25.871. Artículos 29 y 61.

⁶⁰³ *Ibidem*, artículo 61.

⁶⁰⁴ HINES, B. (2012). El derecho a migrar como un derecho humano: La actual ley inmigratoria argentina. *Revista Derecho Público*, 1(2), pp. 309-344. <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/06/Doctrina3646.pdf>

⁶⁰⁵ LEY 25.871. Artículo 61: “Al constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la Dirección Nacional de Migraciones podrá intimarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que fije a tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión. Vencido el plazo sin que regularice su situación, la Dirección Nacional de Migraciones decretará su expulsión con efecto suspensivo y dará intervención y actuará como parte ante el Juez o Tribunal con competencia en la materia, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión. (Artículo sustituido por art. 15 del Decreto N° 366/2025 B.O. 29/5/2025. Vigencia: a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial.)

toda condena por delito penal dictada contra un extranjero residente, en el plazo de cinco días hábiles de haberse dictado.⁶⁰⁶

Por lo hasta aquí manifestado, puede percibirse un trato más humanitario hacia los extranjeros, lo cual no sucedía con la normativa anterior, todo lo contrario. El nuevo gobierno nacional, que asumió hace aproximadamente dieciocho meses, con el Decreto N° 366/2025 instituye nuevos requisitos en cuanto a regulaciones para el ingreso de personas no nacionales. Ante ello se aprecia un mayor énfasis en la estipulación respecto a los antecedentes penales de aquellos que soliciten la entrada y permanencia en el país, ya que con anterioridad no era necesario manifestar si se los poseía, es decir que el decreto de mayo de 2025 lo incorpora con la finalidad de impedir el ingreso de todos los extranjeros que posean antecedentes penales, condenas o requerimientos judiciales. Esas nuevas exigencias se basan en motivos económicos y sociales, es decir, para poder erradicar la delincuencia, ya que los diferentes gobiernos atribuyen las altas tasas de delitos a las personas no nacionales que permanecen en el país, o pasan a nuestro territorio por accesos no habilitados por el gobierno nacional. A ello debemos expresar que el porcentaje de delitos cometidos por extranjeros no obedece al planteo manifestado por el gobierno nacional actual, pero dicha medida es tomada por la mayoría de la población como beneficiosa y proteccionista de los nacionales.

IV. Desterrados en Latinoamérica

En la actualidad existen personas que se encuentran desterradas de sus países de origen, ya sea por cuestiones políticas, económicas

⁶⁰⁶ LEY 25.871. Artículo 62.

y sociales, como sucede en Cuba, Venezuela y Nicaragua. Sus ciudadanos debieron salir de sus naciones y, sin importar el motivo, no pueden regresar. A veces sus actividades sociales fueron el blanco para luego formar parte de la causa que les impide retornar a su territorio nacional, como por ejemplo haber participado en movilizaciones, huelgas, paro de actividades laborales, que expresan su disconformidad con las medidas adoptadas por los gobiernos de turno.

Si bien todo ello se encuentra legislado específicamente en el artículo 9⁶⁰⁷ de la Declaración de Derechos Humanos, que establece que nadie podrá ser desterrado arbitrariamente y las personas pueden requerir la intervención de los órganos judiciales. Estos procesos se vuelven eternos y hasta generan conflictos a los familiares que quedaron en ese país que les impide regresar.

Los académicos Luis Roniger y Mario Sznadjer (2009)⁶⁰⁸ señalan que la figura legal del destierro fue establecida en Latinoamérica por el Consejo Real de las Indias para expulsar de los territorios coloniales a quienes las élites gobernantes consideraban una amenaza para el orden social y político.⁶⁰⁹

Se transformó con el tiempo esta medida en un mecanismo de represión utilizado por el poder latinoamericano para restringir el acceso de la oposición política a la esfera pública, por ello en países como Argentina, Chile, Ecuador, México, Uruguay y Venezuela el destierro fue tolerado hasta el siglo veinte, particularmente durante

⁶⁰⁷ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Artículo 9º: "Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado", 10 de diciembre de 1948. https://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1003

⁶⁰⁸ RONIGER, L. y SZNADJER, M. (2009). *The Politics of Exile in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press.

⁶⁰⁹ DISTINTAS LATITUDES (2022, 23 de mayo). *Residir en el limbo: el destierro en los regímenes autoritarios de América Latina*. <https://distintaslatitudes.net/destacado/destierro-regimenes-autoritarios-america-latina>

regímenes autoritarios. Especialmente en Argentina podemos mencionar la Ley 20.840⁶¹⁰ promulgada el 30 de septiembre de 1974, cuando la presidencia era ejercida por María Estela Martínez de Perón, que establecía que los “actos de divulgación, propaganda o difusión tendientes al adoctrinamiento, proselitismo” (artículo 2, inciso a), podían ser sancionados con la “pérdida de ciudadanía y al término de la condena la expulsión del país” (artículo 10).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue firmada y/o ratificada por veinticinco países de América Latina y el Caribe, lo que muestra el cambio y compromiso asumido en los últimos años. En dicho cuerpo normativo encontramos que en el artículo 22 estipula que nadie puede ser expulsado ni privado del derecho a ingresar al territorio del cual es nacional.⁶¹¹

A pesar de contar en la actualidad con un extenso número de normas internacionales y nacionales, referidas a la protección jurídica de las personas a no ser desterradas de su territorio natal, aún se siguen encontrando situaciones donde ese derecho se encuentra ampliamente vulnerado.

V. Jurisprudencia

En este punto abordaremos un fallo resuelto por la Corte Suprema

⁶¹⁰ LEY N° 20.840. Ley abrigada por el artículo 1° de la Ley 25.602 BO 20/06/2002. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-20840-73268/texto>

⁶¹¹ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Artículo 22°: “Derecho de Circulación y de Residencia.... 5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar al mismo”. Ratificada por Ley N° 23.054 sancionada el 1° de marzo de 1984 y promulgada el 19 de marzo del mismo año. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>.

de Justicia de la Nación Argentina, de fecha 11 de julio de 2024 Expte. CAF 89675/2017/2/RH1, “J.P., F. c/ EN-DNM s/ recurso directo DNM”.⁶¹²

La Dirección Nacional de Migraciones declaró irregular la permanencia en Argentina de un ciudadano paraguayo, debido a sus antecedentes penales por delitos de violencia de género y ordenó su expulsión por diez años.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones confirmó esta decisión, considerando que, aunque no aplicaba el Decreto N° 70/2017 retroactivamente, la expulsión era justificada dada la especial protección constitucional hacia la mujer y otros grupos vulnerables, citando normativas internacionales y nacionales que demandan medidas para erradicar la violencia de género.

En ese sentido, la Cámara subrayó la gravedad del delito por el cual fue condenado el recurrente, que afectó severamente los derechos de una persona particularmente vulnerable y víctima de violencia. Esto llevó a los jueces a reconocer un deber reforzado de protección. En consecuencia, consideraron que la naturaleza de los hechos, la condena penal y la necesidad de proteger a la víctima exigían un análisis diferente del artículo 29, inciso c, de la Ley N° 25871, haciendo inaplicables las directrices establecidas en el precedente “Apaza León” (Fallos: 341:500). El actor cuestionó la sentencia mediante recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a esta queja.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió el recurso extraordinario debido a que se discute la interpretación del artículo 29, inciso c, de la Ley N.º 25871, de naturaleza federal según lo establecido en el precedente “Apaza León” (Fallos: 341:500), y la

⁶¹² CSJN “Jiménez Pereira, Fulgencio, c/ EN-DNM s/ recurso directo DNM CAF 89675/2017/2/RH1. <https://www.uart.org.ar/wp-content/uploads/Jimenez-Pereira-c.-EN.pdf>

decisión de la Cámara fue contraria al derecho invocado por el actor bajo esa norma.

Explicó el Superior que, efectivamente, el texto original del artículo 29, inciso c, es aplicable al caso, y la cuestión central es si los antecedentes penales del actor justifican la causal de expulsión según esa norma. Según la interpretación de la Corte en el precedente mencionado, la respuesta es negativa, ya que la condena penal no se ajusta a ninguna de las categorías previstas en el inciso, como tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas, ni alcanza el mínimo de tres años de pena privativa de la libertad.

Sostuvo que la sentencia de la Cámara decide apartarse del precedente establecido por la Corte Suprema argumentando diversas disposiciones constitucionales e internacionales que respaldan la confirmación de su expulsión.

Sin embargo, subrayó que, según el principio establecido desde el caso “Cerámica San Lorenzo”, los tribunales deben seguir las interpretaciones de la Corte en normas federales, salvo que presenten nuevas razones fundamentadas que demuestren claramente un error grave en el precedente y su inconveniencia. En este caso, las razones dadas por la Cámara para apartarse del precedente “Apaza León” fueron consideradas insuficientes para justificar esta decisión, especialmente porque las normativas internacionales mencionadas no regulan específicamente el estatus migratorio ni establecen causales de expulsión por violencia de género.

Agregó que la ley de Política Migratoria Argentina, conforme al artículo 75 de la Constitución Nacional, establece las causales de expulsión que no incluyen los delitos por los cuales fue condenado el actor. Así, al crear una causal de expulsión no prevista legalmente, la sentencia de la Cámara podría ser interpretada como una indebida sustitución de funciones legislativas y una afectación a los derechos constitucionales del recurrente.

Concluyó la Corte Suprema que la sentencia que confirmó la

expulsión del migrante basándose en sus antecedentes penales vinculados a la violencia de género debe ser anulada, debido a que la decisión de la cámara implicó una creación de una causal de expulsión no contemplada en la normativa vigente, lo cual constituye una indebida sustitución de funciones legislativas y afecta los derechos del recurrente protegidos por los artículos 14, 19 y 20 de la Constitución Nacional.

Por lo tanto, resaltó que los jueces deben ceñirse a la ley y no pueden adoptar roles legislativos para crear disposiciones o excepciones no permitidas legalmente, por más convenientes, necesarias o valiosas que puedan parecerles.

El fallo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones no hubiera sido efectivo si el caso se hubiese resuelto luego del dictado del Decreto N° 366/2025, ya que éste modifica el artículo 29 de la Ley N° 25.871, en el cual introduce en el inciso c la incorporación respecto de “tener antecedentes”, cosa que hasta el año 2024 dicha causal no se tipificaba en la norma dicha causal. De ello, advertimos que se produjo un recrudescimiento normativo respecto de los extranjeros que pretendan ingresar o permanecer en nuestro país, cuya modificación se fundamenta en la alta tasa de delincuencia que aqueja a todo el país, y que se les atribuye a los no nacionales, asignación que no es tan certera según las estadísticas de otros sectores sociales.

Conclusión

Los cristianos condenados al confinamiento o a la pena capital durante las persecuciones supieron soportar la adversidad en la seguridad de la existencia de la justicia divina, dando cabal muestra de que la “religión cristiana, lejos de enervar el carácter, lo eleva hasta

el heroísmo”.⁶¹³ Quizá las injusticias de la compleja sociedad actual, y la situación de los desvalidos, expulsados de todo sitio, se deban a que se vive sin temor de la justicia de Dios.

De todo lo expresado, podemos manifestar que es indiscutible la presencia de los inmigrantes en nuestro territorio nacional desde sus orígenes; sin ellos, nuestra nación no sería igual. Hoy, por diversas razones nos encontramos con no nacionales de diversos países latinoamericanos, quienes, escapando de sus gobiernos autoritarios, se exilian con la única finalidad de obtener una mejor calidad de vida.

Reafirmando lo establecido por el preámbulo de nuestra Constitución Nacional, podemos afirmar que cualquier persona del mundo puede ingresar a nuestro hermoso país, instalarse con su grupo familiar y proyectar un excelente futuro, siempre y cuando quiera contribuir con su trabajo, comprometiéndose con responsabilidad y solidaridad, para seguir construyendo nuestra nación, manteniendo una conducta correcta y dentro de los límites legales, el gobierno le abrirá sus puertas para que pueda desarrollarse plenamente.

Asimismo, observamos cómo el Estado permite el ingreso de extranjeros a nuestro territorio, cumpliendo con los requisitos necesarios para su aceptación. Así como también por causas justificadas produce su expulsión, por motivos de comisión de hechos delictivos o diferentes conductas reprochables que se encuentran establecidas en la Ley N° 25.871.

Del mismo modo se producen destierros para aquellas personas que no coinciden con las decisiones de los gobiernos de turno, por lo general, en la actualidad se aprecian en varios países latinoamericanos. En nuestro caso, la crisis económica del año 2001, así como en el año 2020 como consecuencia de la pandemia, muchísimos argentinos, incluidas familias enteras, migraron a otros países, principalmente los europeos, en busca de una mejor calidad de vida y seguridad no solo económica sino a nivel personal.

⁶¹³ LARREA, *op. cit.* p. 5.

Podemos considerar que, a lo largo de nuestra historia nacional, los seres humanos se vieron obligados a migrar por propia decisión, y en otras ocasiones fueron desterrados por haber cometido hechos antijurídicos o por no coincidir políticamente con las autoridades gobernantes del momento. Ello fue reiterado en el transcurso del tiempo, y nos encontramos en tiempos ampliamente complicados no solo en lo económico, que afecta y demasiado, pero principalmente porque se vislumbra una próxima guerra en la cual, si se llegara a consumir, va a generar nuevamente migraciones de los que puedan huir de dicha situación. Pero por sobre todas las cosas, y la más importante, la gran cantidad de pérdidas de vidas de los inocentes que quedan a merced de gobiernos egoístas y autoritarios, que solo piensan en su propio beneficio. Deseamos que los países involucrados tengan en consideración a sus civiles y resuelvan sus dificultades mediante el diálogo, que es la única puerta para lograr el entendimiento, comprensión y empatía de los participantes.

Referencias bibliográficas

ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN (2012). *Fondos Documentales. Período Nacional. Volumen II*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/libronacional_0.pdf.

ARCHIVO HISTÓRICO JUDICIAL DE OXACA (s. f.). *Hacer Justicia en la Época Colonial*. <https://archivohistoricojudicialoaxaca.wordpress.com/hacer-justicia-en-la-epoca-colonial/>

BIBLIOTECA JURÍDICA VIRTUAL DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM (s. f.). <http://biblio.juridicas.unam.mx>

CAUTIVERIO DE BABILONIA (s. f.). En *Wikipedia*. Recuperado el 15 de agosto de 2025. https://es.wikipedia.org/wiki/Cautiverio_de_Babilonia

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA (1994).

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1984).

DAWSON, C. (1962). *Dinámica de la historia*. Buenos Aires: Emecé.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Artículo 9º: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”, 10 de diciembre de 1948. https://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1003

DISTINTAS LATITUDES (2022, 23 de mayo). *Residir en el limbo: el destierro en los regímenes autoritarios de América Latina*. <https://distintaslatitudes.net/destacado/destierro-regimenes-autoritarios-america-latina>

FUSTEL DE COULANGES, N. (1931). *La ciudad antigua*. Madrid: Daniel Jarro.

GAYO (1993). *Institutas*. Traducción, notas e introducción por Alfredo Di Pietro. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

HINES, B. (2012). El derecho a migrar como un derecho humano: La actual ley inmigratoria argentina. *Revista Derecho Público*, 1(2), pp. 309-344. <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/06/Doctrina3646.pdf>

JENSEN, S. (2007, 19 al 22 de septiembre). *El exilio argentino de*

la última dictadura en contextos: Formas de abordaje e implicancias ético-políticas. XI Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Departamento de Historia. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Tucumán, San Miguel de Tucumán. <https://cdsa.aacademica.org/000-108/764.pdf>

LARREA, A. (1913). *Edad heroica del cristianismo* (p. 12). Córdoba: Librería Católica.

LEY N° 4.167.

LEY N° 25.871. Artículos 29 y 61.

LEY N° 20.840.

LLORCA, B. (1955). S. I. *Historia de la Iglesia Católica*. T. I. 2° edición. Madrid: BAC.

MACCHI, L. (Comp.) (1966). *Diccionario de la Lengua Latina*. Buenos Aires: Don Bosco.

MOMMSEN, T. (1999). *Derecho Penal Romano*. Bogotá: Temis.

MUSEO DE LA INMIGRACIÓN (s. f.). *Argentina, tierra de inmigrantes*. Muestra itinerante. <https://www.unc.edu.ar/sites/default/files/MUESTRA%20ITINERANTE.pdf>

PERÓN, J. D. (1996). *Los libros del exilio, 1955-1973*. Buenos Aires: Corregidor.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (s. f.). Destierro. En *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado el 15 de agosto de 2025. <https://dle.rae.es/destierro?m=form>

RONIGER, L. y SZNARJER, M. (2009). *The Politics of Exile in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press.

SAPIENS (1961). *Enciclopedia Ilustrada de la lengua castellana*. T. I. Buenos Aires: Sopena.

SARMIENTO, D. (1949). Política Argentina, 1841-1851. *Obras Completas*. Tomo VI. Buenos Aires: Luz del Día.

SECRETARÍA DE CULTURA DE LA NACIÓN (2021, 15 de febrero). *Domingo Faustino Sarmiento: el hombre, el político, el escritor, el viajero*. <https://www.cultura.gob.ar/domingo-faustino-sarmiento-el-hombre-el-politico-el-escritor-el-viajer-10137/#:~:text=La%20victoria%20federal%20en%201831,realizando%20distintas%20actividades%20para%20subsistir>.

SUÁREZ FERNÁNDEZ, L. (1969). *Historia social y económica de la Edad Media europea*. Madrid: Espasa Calpe.

TEJEDOR, C. (1871). *Curso de Derecho Criminal*. Buenos Aires: Librería de Cl. M. Joly.

Ultractividad del derecho romano, delitos y cuasidelitos

Por Marilina Andrea Miceli⁶¹⁴ (directora), Daniel G. Bonjour,⁶¹⁵ Leticia Inés Núñez⁶¹⁶ (investigadores), René Angulo Ríos y María Victoria Cali (alumnos colaboradores)⁶¹⁷

⁶¹⁴ Posdoctora en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba). Posdoctora en Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Doctora en Derecho (Universidad John F. Kennedy). Profesora invitada del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Universidad John F. Kennedy, de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Abierta Interamericana, de la Maestría en Derecho de la Universidad Nacional del Sur, del Doctorado en Derecho de la Universidad de Morón y en el Departamento de Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México.

⁶¹⁵ Abogado/Escribano. Doctor en Derecho. Especializando/Maestrando en Derecho del Trabajo en Universidad Blas Pascal (Tesis en proceso). Profesor de Derecho Romano en Universidad Nacional de La Plata, Universidad de Buenos Aires, Universidad Abierta Interamericana, Universidad de San Isidro y Universidad John F. Kennedy. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Universidad Abierta Interamericana. Profesor en Docencia Superior en Universidad Tecnológica Nacional. Diplomado en Derecho Romano Público en Universidad Abierta Interamericana. Miembro de la AIDROM y de ADRA. Autor y coautor de diversas publicaciones nacionales y extranjeras en congresos de la materia. Secretario del Instituto de Derecho Romano y Arqueología Jurídica del Colegio de Abogados de La Plata.

⁶¹⁶ Especializanda en Derecho Procesal (Universidad de Buenos Aires). Profesora de Derecho Romano en Universidad de Buenos Aires, Universidad Abierta Interamericana, Universidad de San Isidro y Universidad John F. Kennedy. Diplomada en Derecho Romano Público y Privado. Cursó diversos posgrados en la materia en el país y en el extranjero. Autora y coautora de diversos trabajos de investigación en el país y en el extranjero.

⁶¹⁷ Estudiantes de Abogacía de la Universidad John F. Kennedy.

Resumen

La presente comunicación al XI Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano se enmarca entorno del proyecto de investigación de la Universidad John Fitzgerald Kennedy “Derecho Público Romano: Pervivencia de sus instituciones y principios generales”, en el que participamos los Dres. Marilina Miceli (directora), Daniel Bonjour, Leticia Núñez y los estudiantes René Ángulo y Victoria Cali, y se circunscribe en derredor de la figura del “cuasi ex delicto”, nacido de la casuística elaborada por los magistrados, al que aplica el principio originado de Hermogeniano de que “todo el derecho se inventó por causa y razón del hombre”.

Palabras clave: derecho romano; cuasidelitos; responsabilidad civil; delitos; dolo y culpa; derecho comparado; principios legales

I. Introducción

Uno de los temas que introducen en este terreno y que se da la mano con el principio que referimos en el adelanto es el proveniente de las fuentes de las obligaciones. Allí, podemos observar que Gayo y Justiniano nos proporcionaron clasificaciones distintas pero cercanas.

El primero nos dicta una clasificación tripartita, que alude a que las obligaciones nacen de los contratos, de los delitos y, agrega, de las varias figuras de causa. Así lo podemos ver en D. 44. 7. 1 donde se expresa: “*Obligaciones aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*”.⁶¹⁸

Como decía don Alejandro Guzmán Brito, primero se realizó una

⁶¹⁸ D. 44. 7. 1. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/602/15.pdf>

clasificación de dos fuentes –contrato y delito–, y luego, el mismo Gayo, pero en otra obra de su autoría, “*Res Cotidianae et Aurearum*”, agregó la tercera.

Justiniano en cambio, refirió en sus *Institutas* a una clasificación cuatripartita. Allí,⁶¹⁹ hallamos que respecto de las obligaciones que nacen de los delitos y cuasi delitos se dice:

Cum expositum sit, superiore libro, de obligationibus ex contractu et quasi ex contractu, sequitur ut de obligationibus ex maleficio et quasi maleficio dispiciamus. Sed illae quidem, et suo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur. Hae vero unius generis sunt; nam omnes ex re nascuntur, id est, ex ipso maleficio: veluti ex furto, aut rapiña, aut damno, aut injuria.

Ya hemos tratado en el libro anterior de las obligaciones que nacen de los contratos, y enseguida corresponde tratar de las obligaciones que nacen de los delitos y de los cuasi delitos. Las primeras como ya hemos dicho se dividen en cuatro especies estas últimas por el contrario son de una sola especie porque nacen todas de la cosa es decir del delito mismo como por ejemplo del robo del rapto del daño causado o de la injuria.

Y, respecto del cuasi delito, se expresa: “*Si iudex litem suam facerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. Sed quia neque ex maleficio neque est contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri: et in quantum de ea re aequum religioni judicantis videbitur, poenam sustinebit*” (“Así las cosas, los delitos y cuasi delitos han tenido diverso tratamiento desde el pretérito derecho romano hasta nuestros días”).

Así lo describe Petit (1985),⁶²⁰ cuando expresa que “el delito es un

⁶¹⁹ JUSTINIANO (2005). *Institutas* (p. 249). Edición bilingüe. L IV, T. 1 y 5. Buenos Aires: Heliasta.

⁶²⁰ PETIT, E. (1985). *Tratado Elemental de Derecho Romano* (p. 580). Buenos Aires: Albatros.

hecho ilícito, una infracción castigada por la ley”, y más adelante, “Hay que hacer, a este respecto, una distinción, que parece remontarse a los primeros siglos de Roma, entre los *delicta privata* y los *delicta pública*”.

En este orden de ideas, los delitos públicos son aquellos que colisionan de manera directa o indirecta contra el orden público, la organización política, la seguridad del Estado, y de allí que sean perseguidos e investigados por este último.

La distinción entre delitos y cuasidelitos tiene sus raíces en el derecho romano, donde los delitos eran actos ilícitos claramente definidos y sancionados por la ley, mientras que los cuasidelitos abarcaban aquellos actos que, aunque no estaban tipificados, eran objeto de sanción por parte del pretor. Según Galli (2010), “en el derecho romano, la diferencia entre el delito y el cuasidelito era formal”. Los delitos, como las infracciones a la Ley Aquilia, implicaban dolo, es decir, la intención de causar daño, mientras que los cuasidelitos se caracterizaban por la imprudencia o negligencia, sin intención de perjudicar.

Siguiendo a Colombo (1947),⁶²¹ los cuasidelitos son un concepto jurídico que surge con la intención de brindar protección a aquellas personas que se han visto perjudicadas por la negligencia, imprudencia o torpeza de otro individuo. Es decir, los cuasidelitos son aquellos que se derivan de las situaciones en las que el causante del perjuicio no tenía la intención directa de causar daño, pero su acción negligente o imprudente generó una situación que terminó produciendo una lesión o daño a otro, en su persona o en sus bienes.

Retomando el hilo conductor, respecto de los cuasi delitos se hace referencia a “*Si iudex litem suam fecerit*”: “Si un juez hace un proceso suyo no parece obligado precisamente por delito sino que como no

⁶²¹ COLOMBO, L. (1947). *Culpa Aquiliana. Cuasidelitos* (pp. 62 y ss.). Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

lo está ni por delito ni por contrato y que sin embargo ha faltado en alguna cosa aunque solo fuese por ignorancia se dice que está obligado como por delito y será condenado a la estimación de la cosa apreciada equitativamente por la religión del Juez” (Magallón Ibarra, 2002).⁶²²

Luego, se tratan otros supuestos que mencionamos, como “*Effusum et deiectum*”:

1. Igualmente el que ocupa ya como propietario ya gratuitamente una habitación desde donde se ha arrojado alguna cosa que ha causado perjuicio a otro se reputa obligado como por delito pues no puede precisamente decirse obligado por delito Porque las más de las veces se haya obligado por culpa de otro ya de su esclavo ya de su hijo.

Lo mismo sucede respecto del que nunca en un camino público ha puesto o colgado algún objeto que al caer pudiese causar perjuicio a alguno en este caso se haya establecido una pena de diez sueldos de oro.

Pero respecto de las cosas arrojadas o esparcidas se haya establecida una acción que consiste en el doble del perjuicio causado. Y si un hombre libre hubiese sido muerto la pena sería de 50 sueldos de oro sino ha sido muerto sino herido se da acción por la suma que el juez estime equitativa según el caso en efecto el juez debe tener en cuenta los honorarios abonados al médico y demás gastos de la enfermedad y además los trabajos que no ha podido desempeñar el herido o que no podrá desempeñar en adelante por consecuencia de la incapacidad a que haya sido reducido (Magallón Ibarra, 2002).⁶²³

“*Positum et suspensum*”:

⁶²² MAGALLÓN IBARRA, J. (2002). La responsabilidad profesional de los médicos. *Revista de Derecho Privado*, pp. 45-72. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/1/dtr/dtr4.pdf>.

⁶²³ *Ibidem*.

2. Si el hijo de familia ocupa una habitación separada de la de su padre y desde ella se ha arrojado o vertido alguna cosa o tiene algún objeto colgado o colgado cuya caída fuese peligrosa, Juliano ha declarado que no hay ninguna acción contra el padre y que es preciso proceder contra el mismo hijo la misma observación se aplica al hijo de familia que siendo juez hubiese hecho suyo el litigio (Magallón Ibarra, 2002).⁶²⁴

“Responsabilidad del nautae, caupones et stabularii” (“del Capitán del barco o del Dueño del establo o posada”):

3. El dueño de un navío o el de una posada o caballeriza en razón del perjuicio o del robo cometido en el navío o en la posada o en la caballeriza, se halla igualmente obligado como por delito sino es él quien ha cometido el delito sino alguno de los que se hayan empleados en el navío en la posada o en la caballeriza en efecto como la acción establecida contra él no procede ni de un delito ni de un contrato y es él. Hasta cierto punto quien ha cometido culpa por haberse valido de hombres malos se lo considera obligado como por delito. En estos casos se da una opción de impacto y que aún corresponde al heredero pero no contra el heredero (Magallón Ibarra, 2002).⁶²⁵

Ellos son los casos que contempla Justiniano respecto de los cuasi-delitos. Observemos ahora qué se ha dicho al respecto en la doctrina de tiempos pretéritos y qué se dice actualmente.

Vemos que los juristas franceses Henri y León Mazeaud, conjuntamente con André Tunc (1962),⁶²⁶ han observado al respecto y, en referencia al tema en tratamiento, podían formularse algunos

⁶²⁴ *Ibidem*.

⁶²⁵ *Ibidem*.

⁶²⁶ MAZEAUD, H., MAZEUD, L. y TUNC, A. (1962). *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil. Delictual y Contractual* (pp. 1-3). Tomo Segundo, Volumen I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

interrogantes. Ellos son: 1) ¿En qué casos responde una persona no de su hecho personal, sino “a causa de una cosa suya”? Ello supone que el daño ha sido causado por una cosa. Y allí agregan que en el derecho romano se consideraban por separado algunos daños causados. Por otro lado, un segundo interrogante: 2) Si cada cual no responde sino por su hecho personal, ¿cómo asegurar la reparación del perjuicio causado por una cosa animada (animal, esclavo)? Lo más natural es dirigirse al dueño para pedir la reparación o indemnización.

En cuanto las cosas inanimadas el derecho romano, se preocupó de algunos daños que podían causar tales cosas. Por ser inanimadas parece que no pueden obrar por ellas mismas y que, en consecuencia, si causan un perjuicio bastan los principios de la responsabilidad por el hecho personal para asegurar su reparación. Sin embargo, las leyes de la gravedad tienen por efecto imprimirles a veces a las cosas inanimadas un movimiento que parece propio de ellas. Por eso los jurisconsultos romanos trazaron algunas reglas particulares en caso de daño causados por la caída de cosas inanimadas, por ejemplo, por la caída de objetos colocados en el borde de una ventana el propietario de la cosa era responsable a causa de ésta sin que fuera necesario probar una culpa contra él.

Podemos agregar con Kaser (2022)⁶²⁷ que

Puesto que las obligaciones contractuales se limitan a los contratos (cuyo cumplimiento puede demandarse según el *ius civile*), la bipartición mencionada al principio no puede cubrir todas las obligaciones. La obra *res cottidianae sive aurea* (sobre las cosas cotidianas o doradas) transmitida bajo del nombre de Gayo, añade un tercer grupo de obligaciones de distintas clases de fundamentos jurídicos (*obligationes ex variis causarum figuris*), D. 44, 7, 1 pr. Éstas se subdividen a su vez en aquellas que se originan en

⁶²⁷ KASER, M. KNÜTEL, R. y LOHSSE, S. (2022). *Derecho Privado Romano* (pp. 45 y ss.). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

actos similares al contrato (*quasi ex contractu*), y aquellas que se originan en actos similares a los delitos (*quasi ex delicto*), Gai. D. 44, 7, 5 pr.-6. En este esquema se basa la cuatripartición de las fuentes de las obligaciones que aparece en las *Instituciones* de Justiniano, a saber, contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito (*Inst.* 3, 23, 2; 3, 27; 4, 1-4; 4, 5).

Entonces, vemos en D. 44. 7. 1 que se dice: “*Obligaciones ex contractu aut re contrahuntur, aut verbis, aut consensu*”. Es decir, por las cosas, de manera verbal y por consenso, lo cual deja afuera los casos *litteris*/por escrito. Y en D. 44. 7. 5. 6 observamos:

*Item exercitor navis, aut caupona, aut stabuli de damno, aut furto, quod in nave, aut caupona, aut stabulu factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicui eorum, quorum opera navem, aut cauponan, aut stabulum exerceret; quum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio, et aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur.*⁶²⁸

Es decir, el dueño de un navío o el de una posada o caballeriza en razón del perjuicio o del robo cometido en el navío o en la posada o en la caballeriza se haya igualmente obligado como por delito si no es él quien ha cometido el delito, sino alguno de los que se hayan empleados en el navío en la posada o en la caballeriza. En efecto, como la acción establecida contra él no procede ni de un delito ni de un contrato y es él hasta cierto punto quien ha cometido culpa por haberse valido de hombres malos, se lo considera obligado como por delito. En estos casos se da una opción impacto y que aún corresponde al heredero, pero no contra el heredero.

⁶²⁸ D. 44. 7. 5. 6. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/602/15.pdf>.

II. La recepción en el Código Civil velezano

Artículo 1119. Responsabilidad de los jefes de familia

Siguiendo la tradición romana y la antigua legislación española, el codificador argentino se ocupó de la responsabilidad que les corresponde a los jefes de familia por los daños que causan las cosas que son arrojadas a la calle porque caen por estar mal colocadas. El mismo artículo 1119, en su última parte, trata toda esta problemática al decir que el artículo anterior es aplicable a los padres de familia inquilinos de la casa en todo o en parte de ella en cuanto el daño causado a lo que transiten por cosas arrojadas a la calle, o en terreno ajeno, o en terreno propio, sujeto a servidumbre de tránsito o por cosas suspendidas opuestas de un modo peligroso que lleguen a caer, pero no cuando el terreno fuese propio y no se haya sujetado ha servidumbre de tránsito. Cuando dos o más son los que habitan la casa y se ignora la habitación de donde procede, responderán todos del daño causado. Si se sugiere cuál fue el que arrojó la cosa, él solo será el responsable.

Artículos 1124 a 1136 y reformas de la Ley 17.711

Por otro lado, el Código Civil velezano también dividió la responsabilidad por el hecho de las cosas entre las animadas (es decir, los animales) y las inanimadas en el capítulo 1, título 9, y en el capítulo 2 entre los artículos 1124 a 1131 y 1132 a 1136. En cuanto a las cosas inanimadas, la Ley 17.711 produjo una mutación notable en el sistema originario del Código, ya que derogó sus principales normas entre los artículos 1133 y 1134 y amplió considerablemente el artículo 1113, haciéndolo el eje de este tipo de responsabilidad.

Artículo 1124. Responsabilidad por el hecho de los animales

En cuanto a las clases de animales y daños producidos, el artículo 1124 se centraba los animales domésticos y feroces, sin efectuar distinción alguna y dejando de lado alguna situación intermedia, con lo cual el codificador hacía referencia a toda clase de bestias. Es necesario consignar que los efectos de tener unos u otros animales no son iguales, pues la diferencia de régimen está en que cuando el perjuicio es ocasionado por un animal doméstico (el manso, criado para la economía del hogar), con un criterio muy rígido de apreciación, que de su parte no hubo culpa, es decir, existe una presunción muy grave de su negligencia entre los artículos 1127 y 1128. En cambio, cuando el daño lo causa un animal feroz, esto es el de instinto salvaje, que no reporta utilidad, la responsabilidad tiene un carácter objetivo, que exige la demostración de la causa ajena para poder exonerarse. En el artículo 1126 se disponía que no se salva tampoco de la responsabilidad del dueño, porque el daño que hubiese causado el animal no estaba en los hábitos generales de su especie.

Artículo 1133. Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas

Respecto de la responsabilidad derivada por el hecho de las cosas inanimadas, el artículo 1133 disponía que

cuando de cualquier cosa inanimada resultare daño a alguno su dueño responderá de la indemnización sino prueba que de su parte no hubo culpa como en los casos siguientes caídas de edificios o de construcciones en general en el todo o parte, caídas de árboles expuestos a caer por casos ordinarios humareda excesiva de horno, fragua, etcétera, sobre las casas vecinas; exhalaciones de cloacas o depósitos infestantes, causadas por la construcción de éstas sin las precauciones necesarias; humedad de las paredes contiguas por

causas evitables; atajos de los ríos para el servicio de las heredades propias; obras nuevas de cualquier especie aunque sea en lugar público y con licencia si causaren en perjuicio.

A su turno, el artículo 1134 estipulaba que tiene lugar la indemnización del daño causado por ruinas del edificio probándose que hubo negligencia de parte de su dueño, o de su representante en hacer las reparaciones necesarias, o en tomar precauciones oportunas, aunque las ruinas provengan de vicio en la construcción. A todo esto, también resultaba aplicable lo dispuesto en el artículo 1109 en consideración a la responsabilidad por el hecho propio, cuando la cosa había obrado como un medio instrumental de la acción humana y carecía de autonomía suficiente. En síntesis, del régimen descripto es simple inferir que en los daños causados por el hombre con las cosas se aplicaba lo normado en el artículo 1109 y la víctima debía siempre demostrar la culpa del demandado. En cambio, cuando el daño era ocasionado por las cosas, jugaba una presunción de culpa en el artículo 1133 contra el dueño o el guardián, que estos debían destruir mediante la prueba contraria. En el derecho comparado fue lo que la doctrina y jurisprudencia francesa catalogaron como hecho del hombre y hecho de la cosa y que entre nuestros autores tomó la denominación de daños con la cosa y por la cosa.

Art. 1132. Cosa ajena

En el caso de la *cautio damni infecti*, que nos viene desde el derecho romano y que permitía que aquel que demostrarse un posible perjuicio motivado por la vecindad de una edificación ruinosa podía exigir garantías al propietario, o en caso contrario, la entrega de la posesión del bien para su reparación, observamos que por entonces Vélez Sarsfield en el artículo 1132 se apartó del derecho romano siguiendo en esto a Freitas y disponiendo que el propietario de una

heredad contigua a un edificio que amenaza ruina no puede pedir al dueño de ésta garantía alguna, por el perjuicio eventual que podría causarle su ruina. Tampoco podía exigirle que repare o haga demoler el edificio.

Sin embargo, esto quedó modificado a partir de la reforma de la Ley 17.711, porque en el artículo 1135 se dice que si la construcción arruinada estaba arrendada o dada en usufructo, el perjudicado solo tendrá derecho contra el dueño de ella. Si perteneciese a varios condóminos indivisos, la indemnización debe hacerla cada uno de ellos según la parte que tuviese en la propiedad. De lo que se infiere que solo responde el dueño y no el guardián. Si el inmueble pertenece a varios condóminos, la responsabilidad es mancomunada, por lo que cada uno se libera pagando su parte, debiendo afrontar una indemnización proporcional a lo que le pertenece.

Existen algunas cuestiones más que podrían y aún deberían agregarse, pero que por razones *brevitatis causa* serán contempladas en el trabajo final de publicación.

III. Recepción en el Código Civil y Comercial actual

En el Código Civil y Comercial actual debemos observar y tener presentes algunas cuestiones. Este nuevo Código trata a la “responsabilidad civil” en los artículos 1708 al 1780, situados en el libro III, título V, capítulo I, que se divide en 11 secciones.

En el artículo 1708 se hace referencia a “Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”.

En el artículo 1710 se habla de la “prevención del daño”, así, toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca

un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; y c) no agravar el daño, si ya se produjo.

El artículo 1716 refiere al “deber de reparar”. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código. Entre los factores de atribución se mencionan los objetivos y subjetivos, y en ausencia de estos, la culpa. Es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante, y debe demostrar causa ajena. Es subjetivo aquel que, comprendiendo la culpa, la omisión de la diligencia, comprende la imprudencia, negligencia, e impericia en el arte o profesión y, desde aspecto doloso, la intención de provocar el daño de manera intencional con indiferencia por los intereses ajenos.

El artículo 1726 refiere a las consecuencias dañosas que tienen nexo con el hecho productor del daño. Se contemplan el caso fortuito y fuerza mayor por el que no se debe responder, y los casos en los que el deudor si debe responder (1733), prueba de la culpa, distribución de la carga de la prueba ponderando quien está en mejor situación de aportarla, etc. Un concepto de “daño” (1737), cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva. ¿Qué comprende la indemnización? Pérdida o disminución del patrimonio, pérdida de chances, lucro cesante.

Entre los artículos 1757 y 1760 hallamos algunos de los casos contemplados en tiempos pretéritos en el derecho romano: el caso de responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas –agregándose ahora, a diferencia de tiempos pasados, lo sobreviniente por actividades riesgosas–, los sujetos responsables –dueño y guardián, siendo entendido este último como quien ejerce por sí o por terceros el uso, dirección o control de la cosa u obtiene provecho de ella–, el daño causado por animales y la cosa suspendida o arrojada que, de un

edificio cae, sus dueños u ocupantes responden solidariamente por el daño que cause.

IV. Conclusión

Los “*cuasi ex delicto*” han nacido de la casuística elaborada por los magistrados, al que aplica el principio originado en Hermogeniano de que “todo el derecho se inventó por causa y razón del hombre”.

V. Referencias bibliográficas

COLOMBO, L. (1947). *Culpa Aquiliana. Cuasidelitos*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

JUSTINIANO (2005). *Institutas*. Edición bilingüe. L IV, T. 1 y 5. Buenos Aires: Heliasta.

KASER, M. KNÜTEL, R. y LOHSSE, S. (2022). *Derecho Privado Romano* (pp. 45 y ss.). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

MAGALLÓN IBARRA, J. (2002). La responsabilidad profesional de los médicos. *Revista de Derecho Privado*, pp. 45-72. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/1/dtr/dtr4.pdf>.

MAZEAUD, H., MAZEUD, L. y TUNC, A. (1962). *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil. Delictual y Contractual*

(pp. 1-3). Tomo Segundo, Volumen I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

PETIT, E. (1985). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Albatros.

Los principios económicos y sociales surgidos y aplicados en el Imperio romano para afrontar períodos de crisis

Por Laura Liliana Micieli⁶²⁹

I. Algunos principios económicos y de equilibrio social que surgieron en la antigua Roma en situaciones de crisis

Nuestro país está atravesando una más de las tantas crisis sociales y económicas que ha debido afrontar. Argentina es la tercera economía más grande de América Latina, con un PBI de aproximadamente seiscientos cuarenta mil millones de dólares, es un vasto territorio con extraordinarios recursos naturales y un gran

⁶²⁹ Abogada. Profesora Titular en la Cátedra Derecho Romano en Universidad Nacional de La Rioja. Profesora Adjunta Cátedra Derecho Romano A en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en Universidad Nacional de Córdoba.

potencial en energías renovables y es un país líder en producción de alimentos con industrias de gran escala, en especial en el área de agricultura y ganadería. Pero nuestra economía se contrajo el año 2023 en un 1,6% debido a desequilibrios macroeconómicos persistentes y a una severa sequía que provoca una disminución del 26% en la producción agrícola respecto al año anterior.

Se ha iniciado en 2024 un proceso para lograr la estabilización de la macroeconomía de nuestro país, lo cual incluye un realineamiento de precios relativos y la eliminación de desequilibrios fiscales y externo. Hay una expectativa en el crecimiento de nuestra economía en un 5% para 2025, impulsada por algunas circunstancias, especialmente climáticas, que han mejorado y han hecho productivos los sectores agrícolas. Se esperan inversiones en el sector energético y la normalización en general de la estructura productiva.

Este programa de estabilización, que ha sido implementado, ha tenido un alto costo. Un costo social interno, que tiene que ver con salarios depreciados, con un aumento significativo de la pobreza y la desigualdad entre los habitantes, con disminución notoria del estándar de vida de gran parte de la población, de la condición de restricción en la vida cotidiana del ciudadano, atento a la escasez de ingresos, a pesar de la circunstancia de desempeñar tareas o tener trabajo. Hay un incremento del trabajo informal y del cuentapropismo, generado por la recesión económica interna que tiene la República Argentina, pero uno de los hechos fundamentales que apuntan a equilibrar las circunstancias económicas que atraviesa nuestro país es combatir a la inflación.

Ese combate al flagelo de la inflación que se intenta disminuir es fundamental para evitar una crisis social y económica extrema, que es la que podría haber acontecido ante una escalada incontrolable del proceso inflacionario. La historia demuestra que ante hechos extremos como los que he enunciado precedentemente puede generar la destrucción del orden social, culminando con una crisis política extrema con caídas de gobiernos democráticos.

Esta circunstancia, que aún perdura en la situación socioeconómica de nuestro país, me remonta a una semejanza con la que atravesó el Imperio romano en el proceso de caída en el siglo III, y justamente destacar el rol trascendente que jugó la economía, y en especial el proceso inflacionario, para gestar o acelerar ese declive.

II. Breve historia de la economía romana

II. 1. Surgimiento de la economía en Roma

El siglo IV a. C. se caracterizó por los primeros progresos económicos en el campo de la economía por considerarlos logros sociales, que permitieron algunas grandes reformas políticas y económicas a un tiempo, aunque sin que se modificaran de forma radical los caracteres de las fuerzas productivas. En la época de los orígenes, Roma fue una pequeña aldea de origen indoeuropeo, que estaban descubriendo la agricultura.

El medio de intercambio, a diferencia de otras economías antiguas antes de la moneda, era el ganado. Según Varrón, el más famoso de los arqueólogos y de los economistas romanos, “el nombre del dinero, pecunia, se deriva de *pecus*, ganado, porque para los pastores, en la Antigüedad, el dinero consistía en el ganado”.

Dos yugadas (media hectárea) constituyen un territorio de tierra demasiado reducido para las necesidades, por básicas que fueran, de una familia de cuatro personas, y hay que creer que la antigua familia romana solía ser más numerosa. En esta época, los nombres propios como quinto, sexto, hasta décimo, hacen pensar en familias en las que, a partir de ciertos números de hijos, se solía poner los nombres según la sucesión de nacimientos.

II. 2. *La tierra para cultivo*

El propio uso del arado, un tipo de arado primitivo del que se tiene información principalmente por las *geórgicas* de Virgilio, era poco aconsejable en extensiones menores de terreno, porque ni siquiera el producto de siete yugadas es suficiente para alimentar a la vez a los animales y a las familias.

En la antigua Roma, la clase social de los patricios estaba compuesta por herederos de las treinta curias primitivas. Constituían la clase aristocrática (nobles) y disfrutaban de numerosos privilegios: solo ellos podían desempeñar cargos públicos. Los patricios en el Senado hacían las leyes, como cónsules las ejecutaban y eran también los jueces que castigaban a los infractores de la ley. Eran considerados superiores al resto de los habitantes, gozaban de todos los derechos, poseían tierras y eran los llamados a formar parte del ejército romano. Solo ellos participaban del gobierno.

Los plebeyos, que pagaban sus impuestos y acudían al ejército cuando se les convocaba, indignados por esta situación que les obligaba a hacer frente a todos los inconvenientes de la ciudadanía, sin permitirles disfrutar de sus ventajas, emprendieron largas y encarnizadas luchas con los patricios para reclamar más derechos.

II. 3. *Qué papel ocupó la mujer en la economía romana de los primeros tiempos*

Una hipótesis sobre la que no se tienen elementos de prueba en la época romana supone que el trabajo de la mujer en la agricultura primitiva fue declinando con el empleo del arado, y de ahí nació el predominio de los ordenamientos patriarcales sobre los matriarcales. Los cambios ocurridos en la base económica y la aparición de la agricultura no carecieron de la influencia sobre la estructura social.

Los grupos gentilicios que se dedicaban al pastoreo en tierras comunes del grupo se transformaron en una nueva estructura, la de la familia, sobre la base de la propiedad individual de la parcela de tierra para la agricultura, mientras que el pastoreo seguía realizándose en las tierras comunes de los grupos gentilicios. En este primer período de la monarquía latina la economía romana fue, por lo tanto, una economía de transición del pastoreo a la agricultura.

III. La economía en el Alto Imperio

Roma ya sufrió una gran crisis económica que, junto con otros factores, produjo la caída de la República. Así, desde la elección como tribuno de la plebe de Tiberio Sempronio Graco en el año 133 a. C. y hasta la batalla de Actium en el año 31 a.C., la República se vio inmersa en una espiral de decadencia cultural, social, política y económica. De los factores económicos de esta primera gran crisis habría que descartar la desaparición de la pequeña y mediana propiedad, que produjo el comienzo de los latifundios y las villas esclavistas y el comercio a gran escala debido a la expansión romana.

Un importante historiador de la Antigüedad ha calculado que la península italiana en la época del Alto Imperio tenía un índice de urbanización aproximadamente del 30% (Hopkins, 1978, pp. 68-69). Utilizando el criterio de la urbanización como índice de la renta per cápita (como suele hacerse rutinariamente en la historia económica de los siglos recientes, por ejemplo, por David, 1967; Carig y Fisher, 2000, pp. 113-118; Acemoglu, Johnson y Robinson, 2002) se ha calculado que el PIN per cápita en la Roma antigua era similar al de los Países Bajos, Italia o España, alrededor de 1700, que en la época, un siglo antes de la Revolución Industrial, eran las economías más florecientes de Europa. Este dato tan aproximado se basa sobre un cálculo igualmente aproximado de los salarios reales urbanos,

definidos como salarios clasificados según el precio del trigo (Allen, 2001; Temin, 2005). Naturalmente, habríamos preferido tener un índice más amplio sobre el costo de la vida, pero lamentablemente los datos relativos a los precios en la Roma antigua son muy escasos.

Las rentas eran más bajas fuera de la Italia romana, pero es difícil saber cuánto más bajas. Historiadores de la antigüedad y demógrafos maltusianos a menudo hablan de “nivel de subsistencia”, pero no hay que olvidar que la renta mínima para sobrevivir es más un intervalo que un límite fijo. Rentas más bajas en este ámbito de subsistencia llevan a un crecimiento más lento de la población o hasta la disminución de la población, aunque no a la extinción a menos que las condiciones de inanición perduren largo tiempo. Pruebas arqueológicas de desarrollo urbano indican que en el Alto Imperio la población estaba en crecimiento, lo cual sugiere que el consumo medio de la provincia estaba por encima de lo normal.

El porcentaje de urbanización era menor fuera de Italia, aunque Alejandría, Antioquía y Cartago fueron ciudades bastante grandes. Tradicionalmente, se estima que el índice de urbanización en el Imperio en su conjunto debía estar alrededor del 10%, lo cual sugiere que las rentas medias de los antiguos romanos que habitaban la península italiana era casi el doble de las del resto del Imperio. Esta era la distancia entre ingresos medios y salarios reales que se podía encontrar entre las regiones más ricas y más pobres de Europa occidental alrededor de 1700. Las pruebas son exiguas, pero no están en desacuerdo con el hecho de que las rentas del Alto Imperio fueron equiparables a las de Europa a finales del siglo XVII.

Los salarios y bienes de consumo estaban distribuidos muy desigualmente en el Alto Imperio. Una escuela elite en la cumbre de la sociedad y la economía compuesta por varios centenares de senadores y varias decenas de millares de caballeros, en una población de aproximadamente 50.000.000, tenía grandes riquezas, sobre todo en forma de tierras.

Las explicaciones para el sorprendente elevado estándar de vida

en el Alto Imperio no pueden basarse sobre ninguna tecnología espectacular de la época. Por lo contrario, la explicación sugiere que los mercados de bienes, la disponibilidad de mano de obra y los mercados de capitales se desarrollaron bastante bien en la Roma antigua, lo cual contribuyó a promover la especialización y la eficiencia. Además, el ambiente creado por las autoridades proveía servicios públicos eficientes en las ciudades y leyes funcionales en casi todo el territorio del Imperio.

IV. Reciprocidad, redistribución e intercambio en la economía del Imperio

Polanyi (1977) afirma que hay tres maneras diferentes de organizar las interrelaciones económicas en la sociedad: reciprocidad, redistribución e intercambio. Reciprocidad es un sistema causal en el que los individuos aspiran a obtener un resultado aproximadamente equitativo entre los bienes y los servicios que dan y que reciben, y en el que los precios son establecidos por obligaciones sociales y tradiciones de cambio muy lento.

Redistribución es un sistema en el que los bienes son acumulados por una autoridad central y distribuidos en virtud de costumbres de las leyes o decisiones arbitrarias. Intercambio es el conjunto de las transacciones económicas en las que los individuos voluntariamente intercambian bienes y servicios o por dinero o en trueque.

Pero ¿qué extensión tenía el comercio del trigo en el Imperio? Los economistas modernos han intentado hacerse una idea de los precios, pero sus datos son muy difíciles de encontrar en las fuentes antiguas. Lo que sí se puede llegar a afirmar es que existe una relación entre distancia y rebaja del precio del trigo. El mercado de trigo, que era floreciente en la época del Alto Imperio, lo fue para toda la zona del Mar Mediterráneo, y los precios eran menores

cuanto más lejos se estaba de Roma. El coeficiente de la distancia es el costo estimado del transporte del trigo.

El comercio del trigo era en su mayoría privado, aunque el límite entre lo público y lo privado a menudo no era muy preciso. Los comerciantes de trigo se servían de representantes y préstamos marítimos de un marco jurídico teóricos y de suministros estudiados específicamente para que pudieran superarse los problemas de información asimétrica.

V. La crisis económica del siglo III en Roma

Tras la muerte del emperador Alejandro Severo, último de la dinastía Severa, en el año 235 d. C., Roma sufriría un convulso período de cincuenta años en los que el Imperio hubo de lidiar con amenazas externas e internas, además de sufrir una gran crisis económica. Esta etapa es conocida como la crisis del siglo III, la anarquía del siglo III o la anarquía militar. En estos años y hasta el ascenso al trono de Diocleciano en el año 284, ocuparon el trono veintiséis emperadores, algunos tan efímeros que no llegaron a estar un año en el puesto. Diversos autores hacen una subdivisión entre la anarquía militar (235-268) y los emperadores ilirios (268-284).

Durante el siglo I d. C., la expansión romana hace que todas las facetas de la vida dentro del Imperio gocen de prosperidad, siendo éste el período de paz romana instaurada por Augusto. En el siglo II d. C., se producen las últimas expansiones territoriales del Imperio, con la incorporación de las provincias de Dacia y Arabia, impulsadas por el emperador Trajano. Tras la muerte de éste, Adriano, su sucesor, opta por establecer una política defensiva cesando cualquier expansión más allá del *limes* romano. Esta política defensiva produjo una alteración en su economía. En la guerra, los romanos obtenían nuevas tierras que tras la conquista eran adjudicadas a

colonos. Además, conseguían un botín del tesoro capturado al enemigo, y por último pero no menos importante para la economía romana, se hacían prisioneros que después serían vendidos como esclavos. Si no había guerras ofensivas no había gran oferta de esclavos y, por lo tanto, el trabajo que desempeñaban éstos debía de ser sustituido por otra mano de obra no esclava y, por ende, era un gasto más en el latifundio. Asimismo, la irrupción de las ideas cristianas hizo que la esclavitud fuese condenada por otros al ser todos los hombres iguales, agravando aún más la situación.

Otro factor muy importante para explicar la crisis económica en este período es la gran inflación que hubo. Los emperadores debían resistir una cuantiosa cantidad de gastos para mantener el Imperio, siendo el ejército romano uno de los principales benefactores. Además, era necesario mantener una amplia red de funcionarios imperiales y de infraestructuras. Para hacer frente a los anteriores gastos, el Estado dependía fundamentalmente de los gravámenes sobre los patrimonios y las transacciones comerciales, pero la recaudación de los impuestos en un territorio tan extenso era un proceso complejo y lento.

La moneda romana por antonomasia era el denario de plata, usada desde el siglo III a. C. tal y como el historiador romano Tito Livio recoge en el libro XV de *Las Periocas* dentro de su obra *Ab urbe condita*: *Tunc primom populus R. argento uti coepit*. El denario equivalía a dos quinarios, a cuatro sestercios o a diez ases. El denario comenzó pesando una sexta parte de una onza (aproximadamente 4,54 gramos), pero tras la *Lex Faminia* (217 a. C.) se fijó en 3,90 gramos y equivalía a 16 ases. Hasta el año 64 d. C. mantendrá su valor, pero a partir de allí se fue reduciendo su peso y con el emperador Septimio Severo (193-211 d. C.) el peso era ya solo de 1,70 gramos. El emperador Caracalla (211-217 d. C.) introdujo el antoniano (su nombre real se ignora) cuyo valor se fijaba en dos denarios, pero la moneda contenía una pobre cantidad de plata y una mayor cantidad de otros metales que produjo su paulatina depreciación. Giordano

III (238-244 d. C.) hizo que la nueva moneda sustituyese completamente al antiguo denario de plata y posteriormente se acuñó solo con bronce. La devaluación monetaria incrementó, como es lógico, aún más la inflación.

La inflación llegó a superar el 1000% entre el año 255 al 294 d. C, a lo que se le sumó la gran inestabilidad política que va a imperar a lo largo de todos estos años. En estas circunstancias llega al poder Dioclesiano. Él y su gobierno no ven relación entre la crisis económica y la inflación y las continuas devaluaciones. Y tampoco con el gigantismo del Estado. De hecho, en sus primeros 15 años como emperador aumenta el tamaño del ejército de 685.000 a 955.000 soldados. Y el número de funcionarios del Estado se duplica, pasando de 15.000 a 30.000 trabajadores.

Para ellos, la culpa es única y exclusivamente de los comerciantes y su especulación con el precio de los productos que venden, preocupados solo por sus beneficios. Era una historia que además contaba con la aprobación de los ciudadanos, porque prefería esta teoría a que les subieran los impuestos.

Dioclesiano no tenía apenas margen para más devaluaciones, porque las monedas apenas llevaban ya plata, ni para aumentar los impuestos, porque los contribuyentes ya estaban ahogados. Apuesta entonces por una reforma que trata de estabilizar la moneda y que tiene un efecto totalmente contrario disparando de nuevo la inflación.

Entonces decide apuntar de nuevo a los comerciantes, a los que compara con los bárbaros que amenazaban las fronteras, y les acusa de ser una amenaza para el Imperio. En el año 301 lleva a cabo su gran obra en este sentido al promulgar el Edicto sobre Precios Máximos, una norma que fijaba el precio máximo sobre más de 1300 productos, además de establecer el costo de la mano de obra para producirlos.

Ante el cuadro de situación, y advirtiendo que Dioclesiano no lograba el objetivo de detener la escalada inflacionaria y que a esto

había sumado un problema más que era el desabastecimiento, muchos ciudadanos decidieron abandonar las ciudades e irse a vivir al campo. Sin confianza en el comercio apostaron por la autoproducción de todo aquello que necesitaban para subsistir. De esta manera se forjan nuevamente economías locales autárquicas. Muchos trabajadores sin posibilidades de empleo en las grandes urbes siguen esta nueva ruta o concepto de ubicarse en lugares poco poblados para la explotación de algún emprendimiento. Muchas ciudades que eran esplendorosas del antiguo Imperio quedaron prácticamente abandonadas.

Paulatinamente el Imperio va a lograr una recuperación, aunque muy lejos del esplendor vivido, y todas estas situaciones se emparentan con lo que atraviesa, en alguna medida, nuestro país en estos tiempos.

Antes de la crisis del siglo III debemos añadir algo. Hay que empezar con algunas precisiones que nos permiten extraer como conclusión el estándar de vida que se tenía en la Roma antigua y debemos señalar que era similar al de la temprana modernidad europea de los siglos XVII y XVIII, un logro extraordinario para cualquier economía de la era antigua.

En la Roma antigua se consiguió este estándar de vida por la combinación de condiciones políticas, moderadamente estables, y porque proliferaron mercado de bienes, mano de obra y capitales, lo cual permitió un buen nivel de especialización y eficiencia.

Estos datos de la economía de la antigua Roma son incompletos y se extraen más que nada de las obras literarias que se han podido encontrar y reconstruir, porque la mayoría de los romanos registraban las transacciones diarias grabando grandes rectángulos de madera cubiertos de cera más o menos como nuestras modernas tejas. Este medio era sumamente deteriorable y, casi después de dos milenios, no quedan evidencias escritas de las transacciones comerciales. Por ello hay que limitarse a una serie de pruebas de observación casuales sobre la economía en trabajos literarios que

se han rescatado o algunos grabados en piedra o pruebas arqueológicas y papiros egipcios, que eran perdurables por el clima seco del área geográfica.

En el otro extremo estaban los campesinos y los trabajadores agrícolas, libres o esclavos. En el medio, más cercanos al fondo que a la cima, había comerciantes expertos y a menudo trabajadores que proveían bienes y servicios para los senadores y caballeros.

Este grupo intermedio era demasiado pequeño para poder ser clasificado como clase media, más apropiado es considerarlos como trabajadores calificados. El desarrollo económico debió haber sido percibido ante todo por los grandes ricos, mientras que es bastante probable que los pobres sufrieran principalmente por el hecho de que los contactos interregionales causaran crecientes contagios de enfermedades.

Bien conocemos que los antiguos romanos no gozaban de buena salud y su expectativa de vida era tan solo de 25 años, como en la India o en la China alrededor del año 1900.

VI. Conclusión

Las medidas que se tomaron desde el punto de vista económico durante el gobierno de Dioclesiano y posteriormente, no lograron detener la ruptura del entramado económico y repercutió en una crisis sociopolítica, haciendo de este esplendoroso Imperio una organización político-administrativa de tal magnitud difícil de sostener desde el punto de vista del costo económico y con una sociedad insatisfecha, susceptible de dominio de quienes anhelaban el territorio, tal fue lo sucedido.

En especial en esta crisis económica, social y política se van a acuñar principios que marcarán la historia de la economía mundial y de las concepciones acerca de la misma en los siglos posteriores.

Algunos de esos conceptos son aquellos que voy a enunciar a continuación y que marcaron el período del apogeo y también de la decadencia del Imperio romano e influyeron posteriormente en las concepciones económicas sobre las cuales se fundaron gran parte de las teorías que rigen en la actualidad.

- **Economía de mercado.** Aunque Roma tenía un sistema económico muy diverso que incluía tanto la economía de mercado como la economía dirigida, la actividad comercial fue fundamental. Las ciudades romanas eran centros de comercio donde se practicaban intercambios a gran escala, y el uso de la moneda facilitó las transacciones.
- **Producción y especialización.** Los romanos entendieron la importancia de la especialización en la producción. Las regiones eran conocidas por productos específicos, como el vino en la región de Campania o el aceite de oliva en la Bética, lo que fomentó el comercio entre diferentes partes del Imperio.
- **Intervención del Estado.** El gobierno romano a menudo intervenía en la economía. Esto incluía la regulación de precios, la supervisión de mercados y la provisión de bienes públicos. Por ejemplo, el *annona* era un sistema de distribución de grano que garantizaba el suministro de alimentos a la población de Roma.
- **Derechos de propiedad.** La protección de la propiedad privada era un principio fundamental en la economía romana. Los romanos desarrollaron un sistema legal que aseguraba los derechos de propiedad, lo cual es esencial para el funcionamiento de una economía de mercado.
- **Comercio y rutas comerciales.** Roma construyó una vasta red de caminos y puertos que facilitaban el comercio dentro del Imperio. Esto no solo promovió el intercambio de bienes, sino que también permitió la difusión de ideas y culturas.
- **Modernización y sistema financiero.** El uso de monedas estandarizadas y un sistema financiero más desarrollado, que

incluía préstamos y la banca, fueron características importantes de la economía romana. Esto permitió una mayor eficiencia de las transacciones comerciales.

- **Monopolios y control de recursos.** En algunos casos, el Estado o ciertas élites controlaban recursos clave, lo que podía llevar a prácticas monopolistas que afectaban el mercado.

Estos principios enunciados anteriormente han sido fuente de inspiración y posterior desarrollo de distintas doctrinas económicas que hoy priman en el mundo y generan una combinación de política económica, que ha llegado a determinar el futuro de los países, en especial en aquellos que nos encontramos dentro del grupo de países en vías de desarrollo por su juventud.

Estos principios, así como los que se han aplicado en el marco jurídico, resultan trascendentes para poder generar el futuro desarrollo de la región latinoamericana en su conjunto.

VII. Referencias bibliográficas

ABEL G. M. (2021, 9 de diciembre). La crisis del Imperio romano en el siglo III. *National Geographic*. <https://historia.nationalgeographic.com./crisis-imperio-romano-siglo-III>.

ACUÑA BARRANTES, H. (2014). La historia de la economía desde Roma hasta los cristianos. *Revista Logos, Ciencia & Tecnología*, 6(1), pp. 95-107. <https://www.redalyc.org/pdf/5177/517751550008.pdf>.

ASTUDILLO URSÚA, P. (1975). *Historia del pensamiento económico*. México: Dirección de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México.

- BORROWS, G. (1973). *Diccionario de Economía. Los Romanos*. México: Trillas.
- CALVO, J. y DE LA QUINTANA, L. (2022, 6 de junio). La importancia de la inflación en la caída del Imperio Romano. *El Economista*. <https://www.eleconomista.es/podcasts/noticias/11801055/06/22/La-importancia-de-la-inflacion-en-la-caida-del-Imperio-romano.html>.
- FRIEDLANDER, L. (1947). *La sociedad romana. Historia de las costumbres en Roma, desde Augusto hasta los Antoninos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- LÓPEZ GOBERNADO, C. (2013). La crisis económica del siglo III en Roma. *Cont4bl3*, (47), pp. 19-21. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4394230>.
- MARQUEZ, A. (1927). *Doctrinas económicas*. Buenos Aires: Aquino.
- TEMIN, P. (2009). La economía del Alto Imperio Romano. *Procesos de Mercado. Revista Europea de Economía Política*, VI(2), pp. 265-290.
- ROLI, E. (1996). *Historia de las Doctrinas Económicas*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- SCHEIFFER AMEZAGA, X. (1997). *Historia del Pensamiento Económico*. México: Trillas.
- SCHUMPETER, J. A. (2005). *Historia del análisis económico*. Madrid: Ariel.

Revoluciones tecnológicas en el ámbito notarial: del derecho romano a la era *blockchain*⁶³⁰

Por Sebastian A. Mieszkowski⁶³¹

Resumen

En la historia de la humanidad, las nuevas tecnologías han tenido un profundo impacto en la sociedad, impulsando el desarrollo y transformando las actividades sociales a través de escenarios disruptivos. En este contexto, queremos destacar dos hitos por su profundo impacto: el paso de la oralidad a la escritura en el derecho romano y la aparición de la tecnología *blockchain* en el ámbito notarial contemporáneo. Mientras que el primero transformó el registro de acuerdos en documentos tangibles y duraderos, el segundo promete una revolución en la seguridad, integridad y transparencia de los documentos notariales a través de registros digitales inalterables.

⁶³⁰ 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 profesora Mirta Beatriz Álvarez.

⁶³¹ Estudiante de la carrera de Abogacía en UFLO Universidad

El enfoque y la normativa jurídica han tenido que adaptarse a estos nuevos escenarios, aportando seguridad y soluciones a la creciente complejidad de las interacciones en las relaciones sociales, incluyendo las relaciones entre individuos, entre individuos y el Estado y entre los Estados mismos.

Este trabajo explorará cómo estos avances han redefinido la confianza y la validación en sus respectivos contextos históricos y tecnológicos, para luego dar cuenta de los usos de la tecnología *blockchain* en el ámbito notarial.

Palabras clave: notariado; derecho romano; *blockchain*

I. Evolución de la web y redes

El desarrollo de internet ha marcado en las últimas décadas el ritmo de la humanidad. Para describir el proceso evolutivo de esta tecnología podemos basarnos en la descripción hecha por Shermin Voshmgir, investigadora, fundadora de Token Kitchen y Blockchain Hub Berlín y autora de la obra *Token Economy: Cómo la Web3 reinventa la Internet*,⁶³² quien divide esta evolución en tres etapas:

La Web1 marca los inicios de la internet comercial, conocida como internet de la información, que comienza a desarrollarse a fines de los 80 y principios de los 90 de la mano de la World Wide Web, un conjunto de tecnologías y estándares que permitió aumentar significativamente la usabilidad de internet, con sitios visualmente atractivos y fáciles de navegar.

El científico británico Tim Berners-Lee inventó la World Wide

⁶³² VOSHMIGIR, S. (2022). *Economía del Token: Cómo la Web3 reinventa internet*. Córdoba: Universidad Católica de Córdoba.

Web (WWW) en 1989, mientras trabajaba en el CERN (Organización Europea para la Investigación Nuclear). La web fue concebida y desarrollada originalmente para satisfacer la demanda de intercambio automático de información entre científicos de universidades e institutos de todo el mundo.⁶³³

Ya para abril de 1993, el CERN puso el software de la World Wide Web en el dominio público permitiendo que la web floreciera. Diez años después, en 2003, surge la Web2. Internet se volvió más madura y programable, y en su evolución, posburbuja de las empresas *.com*, nos trajo a la internet de las plataformas: las redes sociales, los *e-commerces* y las plataformas de información como Wikipedia.

Esta Web2 revolucionó las interacciones sociales, acercando a los productores y consumidores de información, bienes y servicios de manera global, y nos permitió disfrutar de las interacciones puerto-a-puerto (o P2P) a escala global, pero siempre con un intermediario: una plataforma que actúa como nexo de confianza entre dos personas que no se conocen ni se confían mutuamente, plataforma que a la vez establece todas las reglas y controla todos los datos de sus usuarios.

La Web3 es la etapa evolutiva de internet que actualmente estamos transitando, y se inició producto de la última gran crisis financiera de 2007/09, vinculada con la concesión abusiva de préstamos hipotecarios a clientes que no eran aptos para recibirlos, a la vista de agencias de calificación de crédito. La integración entre bancas comercial y de inversión, al derogarse la prohibición expresa contenida en la Ley Glass-Steagall en 1999 y la industria de los derivados financieros, se ocupó de diseminar globalmente, como un virus, una crisis financiera de origen exclusivamente estadounidense.

Esta evolución de la web ha traído consigo importantes avances no solo en la forma en que interactuamos en línea, sino también en

⁶³³ <https://home.cern/science/computing/birth-web>. Consultado el 8/9/2024.

la manera en que se estructuran y operan las redes. A medida que la web evolucionaba, las redes también se transformaron para soportar mejor los nuevos requerimientos y posibilidades tecnológicas. Esto nos lleva a diferenciar entre tres tipos principales de redes:

- **Redes centralizadas:** Donde todos los datos y decisiones pasan por un único nodo central que es el administrador de la red. De esta forma, los nodos periféricos (participantes de la red) solo pueden comunicarse entre sí a través del nodo central.
- **Redes descentralizadas:** Donde no hay un nodo central único. Los nodos intermediarios reciben información y la transmiten, aunque no todos los nodos están interconectados.
- **Redes distribuidas:** Donde no existe un centro. La información está distribuida entre todos los nodos, todos tienen acceso a la misma información y pueden verificarla.

II. *Blockchain*: concepto y características

Podemos definir a la *blockchain* como una tecnología basada en un protocolo de red descentralizado y público, que incluye encriptación de datos y que permitiría la comprobación de la información ingresada para todos sus usuarios, garantizando, a su vez, la integridad e inviolabilidad de ésta.

Blockchain, de su traducción literal, cadena de bloques, es una forma común de denominar a un subconjunto de las Distributed Ledger Technologies (DLTs) (tecnologías de bitácora/libro de mayor distribuidas).⁶³⁴

⁶³⁴ BIELLI, G., ORDÓÑEZ, C. y BRANCIFORTE, F. (Dirs.) (2022). *Colección Blockchain y Derecho*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley.

Este concepto de tecnologías de libro mayor distribuidas implica que la información de las transacciones se guarda en múltiples lugares al mismo tiempo y no en uno solo central. Cada participante en la red (nodo) tiene una copia del libro mayor y todas las copias son actualizadas simultáneamente para reflejar cualquier cambio. La *blockchain* es un tipo de DLT donde los datos se organizan en bloques que están encadenados criptográficamente a través de códigos seguros.

Por tanto, consideramos una *blockchain* como una colección de bloques de datos ordenada, inmutable y a prueba de manipulaciones, donde cada bloque, excepto el primero (llamado bloque génesis), está relacionado con su bloque predecesor usando técnicas criptográficas. A su vez, esta colección conforma una base de datos distribuida soportada por una red *peer to peer* (P2P) que se encuentra coordinada por un software que ejecuta cada nodo de esta red siguiendo un determinado algoritmo de consenso.⁶³⁵

Cada bloque en una *blockchain* está vinculado al anterior mediante criptografía (códigos seguros) y contiene un *hash* criptográfico (una firma digital del bloque previo), una marca de tiempo y la información de las transacciones.

En suma, podemos caracterizar a la *blockchain* por su descentralización, donde no hay un único punto de control y en la que todos los nodos (participantes de la red) comparten y verifican la misma información; su inmutabilidad, dado que una vez que se añade un bloque a la cadena no puede ser alterado; su seguridad, en virtud de que la información se protege mediante técnicas criptográficas; y su transparencia, teniendo en cuenta que todos los participantes pueden ver y verificar las transacciones.

⁶³⁵ BIELLI, ORDÓÑEZ y BRANCIFORTE, *op. cit.*, T. I.

III. Clasificación de las *blockchains*

Las cadenas de bloques pueden ser clasificadas en tres categorías separadas conforme los permisos establecidos para la utilización y confirmación de las operaciones efectuadas en ellas.

III. 1. *Blockchain públicas*

Aquí cualquier usuario puede formar parte, libremente y sin restricciones, al descargar e instalar en sus computadoras el software que les da acceso a la red y, consiguientemente, constituirse como un nodo más. Los participantes también pueden enviar e incluir transacciones en la base de datos descentralizada a través de las plataformas especializadas a dichos efectos.⁶³⁶ Como ejemplo de este tipo de redes encontramos a bitcoin y Ethereum.

III. 2. *Blockchain federadas o de consorcio*

Este tipo de redes *blockchain* limita la actuación de cualquier usuario-nodo, quedando habilitado como tal los autorizados con un permiso de acceso suministrado por el nodo administrador. La autorización necesaria para aprobar las transacciones también es limitada por el nodo administrador a ciertos usuarios nodos en función a las necesidades propias conforme las características de la red en cuestión.

Como ejemplo de red federada o de consorcio podemos remitir al caso de R341, el cual es un grupo integrado por más de 80 instituciones bancarias (como el BBVA) a nivel mundial.⁶³⁷

⁶³⁶ TUR FAÚNDEZ, C. (2018). *Smart contracts. Análisis jurídico* (p. 38). Madrid: Reus.

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 39.

III. 3. *Blockchain privadas*

Implica la creación de una red para un uso determinado y exclusivo, donde toda la operatoria, método de consenso, permisos, accesos, programas a correr sobre la red, transacciones, etc., son potestad de una entidad, de un ente privado, el que tiene el control de la red y el control de los usuarios que acceden a la información allí alojada.

Un caso de uso para una *blockchain* privada sería, por ejemplo, la guarda de datos personales como es una historia clínica. Existen *blockchain* privadas como es Hiper Ledger de IBM, también en Ethereum hay una propuesta que es Ethereum Enterprise Alliance.⁶³⁸

IV. La *blockchain* en el ámbito público

Se han presentado distintos desarrollos en el ámbito público, que explotan las características de esta tecnología. A manera de ejemplo podemos citar:

- Herramientas de fondeo criptográfico: En 2021, Miami lanzó el token criptográfico Miami Coin (\$MIA) en colaboración con la empresa City Coins. El 30% de los fondos recaudados se donan al municipio de Miami, que puede utilizar estos fondos para cualquier fin público.⁶³⁹

⁶³⁸ BIELLI, ORDÓÑEZ y BRANCIFORTE, *op. cit.*, T. I. p. 23.

⁶³⁹ En agosto de 2021, el alcalde de Miami, Francis Suarez, anunció una iniciativa muy disruptiva: la colaboración con una empresa de tecnología llamada City Coins, que propuso e impulsó la creación y venta masiva de un nuevo token criptográfico, dado en llamar Miami Coin (\$MÍA), cuyo protocolo prevé la donación automática del 30% de los fondos recaudados, a favor del municipio, quien controlará una

- Participación ciudadana: La vinculación del sector público con el ciudadano es otra de las cuestiones en que la aplicación de esta tecnología resulta útil. Como ejemplo, podemos citar el proyecto suizo Port, un sistema de democracia directa basado en tecnología *blockchain*.⁶⁴⁰
- Compras públicas tokenizadas: Usando criptografía y mecanismos de consenso distribuido, las DLTs y las *blockchains* pueden usarse para combinar un registro inalterable y fácilmente auditable, que dote de transparencia a las transacciones, y ciertas funciones pueden incluso ser automatizadas a través de Smart contracts, descentralizando la información de los

billetera criptográfica creada exclusivamente al efecto. El municipio tiene la última palabra para aceptar la donación a su criterio y aplicar los fondos para cualquier fin público, y ambas partes han resaltado expresamente que no existe una vinculación contractual entre la empresa tecnológica y el municipio. Ver <https://www.citycoins.co/miamicoïn>, recuperado el 12/10/2021.

⁶⁴⁰ Uno de los primeros proyectos exitosos dentro de esta GoV Tech es el proyecto suizo Port, iniciado en 2015. Suiza es una confederación con un interesante sistema de democracia directa, donde los ciudadanos votan cuatro veces por año por distintos aspectos relevantes a sus cantones. En ese marco de democracia directa, el proyecto fue impulsado por el Cantón de Zug, en colaboración con el Institute for Financial Services de la Universidad de Lucerne (IFZ), y las firmas tecnológicas ConsenSys, TI&M y Luxoft, y utiliza la *blockchain* pública no permissionada de Ethereum, red en donde se generó la primera identidad autosoberana para un vecino de Zug en 2017. El proceso de creación de una identidad digital descentralizada demora menos de dos minutos, se realiza a través de una aplicación que puede descargarse gratuitamente, que contiene una billetera criptográfica que permite al usuario autenticado identificarse mediante códigos QR y acceder a distintos servicios públicos como préstamo de bicicletas, sin tener que crear nuevos usuarios o generar nuevas contraseñas. BIELLI, ORDÓÑEZ y BRANCIFORTE, *op. cit.*, T. I, p. 200.

procesos administrativos.⁶⁴¹ Desde 2017, la comisión europea estableció una estrategia de compras públicas comunitaria con cinco prioridades: digitalización del proceso de compras, aumentar la transparencia, la integridad, mejorar la calidad de los datos, y profesionalizar a los compradores públicos. En dicho marco, en 2018 se creó el Observatorio y Foro de Blockchain de la UE y nació la European Blockchain Partnership entre 27 estados miembro de la UE con la intención de crear European Blockchain Services Infraestructura (EBSI).⁶⁴²

- Sistemas de identidad: En materia de identidad digital en Latinoamérica, reviste gran importancia el informe de Andrés Chomczyck preparado para el BID, titulado “Regulación de Blockchain e identidad digital en América Latina: el futuro de la Identidad Digital”.⁶⁴³ Allí se describe el proyecto “Inclusión cívica social y económica de habitantes de barrios vulnerables en Buenos Aires mediante modelos de Blockchain” (DIDI), llevado adelante de manera conjunta entre el laboratorio de innovación del Grupo Banco Interamericano de Desarrollo y la Asociación Civil para el Desarrollo de Ecosistemas Descentralizados, la “ONG bitcoin argentina”.⁶⁴⁴ El proyecto DIDI tiene por objetivo desarrollar e implementar una solución de identidad digital para personas en entornos de pobreza e informalidad.⁶⁴⁵

⁶⁴¹ BIELLI, ORDÓÑEZ y BRANCIFORTE, *op. cit.*, T. I., p. 203.

⁶⁴² BIELLI, ORDÓÑEZ y BRANCIFORTE, *op. cit.*, T. I, p. 204.

⁶⁴³ Disponible al 13/10/2021 en <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Regulacion-de-blockchain-e-identidad-digital-en-America-Latina-El-futuro-de-la-identidad-digital.pdf>.

⁶⁴⁴ BIELLI, ORDÓÑEZ y BRANCIFORTE, *op. cit.*, T. I, p. 217.

⁶⁴⁵ Disponible al 13/10/2021 en <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Regulacion-de-blockchain-e-identidad-digital-en-America-Latina-El-futuro-de-la-identidad-digital.pdf>.

V. Tecnología y función notarial

Las preocupaciones respecto de la irrupción de ésta y otras tecnologías, y su adopción en el ámbito privado, han dado lugar a distintas reacciones por parte de los estados y organizaciones internacionales tendientes a la correcta regulación de las actividades que se desarrollan en el ámbito virtual. Estas reacciones varían desde la adopción por parte de los gobiernos de las monedas virtuales emparejándolas a una moneda de curso legal, como es el caso de El Salvador, a acciones tendientes a restringir el uso de estas divisas. No obstante, es claro que la sociedad internacional en su conjunto y distintos estados se han hecho eco de las bondades de esta tecnología, destinando recursos a la investigación y el desarrollo de plataformas que permitan dar seguridad jurídica, acompañando el cambio y la evolución de las relaciones entre privados y de los propios estados entre sí y en su relación con las comunidades.

Si hay un evento que aceleró este proceso fue la pandemia del Covid-19. En este marco, los procesos de digitalización de las actividades desarrolladas en el ámbito público encontraron su mayor evolución, y el apoyo en la tecnología *blockchain* resultó ser un factor determinante para la concreción de los objetivos de los estados a este respecto.

En tal sentido, el notariado del tipo latino ha adquirido un lugar preponderante en la configuración de este escenario, rescatando las utilidades de ésta y otras tecnologías y combinándolas con facultades propias.

En este orden de ideas, la Unión Internacional de Notariado Latino (UINL) se reunió a fines del 2021 en la XVIII Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en San Juan de Puerto Rico, siendo el Tema I “El ejercicio de la función pública notarial en el ámbito virtual”. En dicha jornada, fue adoptado el “Decálogo para las escrituras notariales con comparecencia en línea”, cuyo preámbulo establece:

Las nuevas tecnologías forman parte integrante de la actividad notarial desde hace muchos años, en particular en las actuaciones preliminares y posteriores, en la comunicación con los servicios públicos y en la conservación de los archivos.

La pandemia de Covid-19 y el desarrollo mundial de las tecnologías de la información han acelerado el uso de los medios tecnológicos en casi todos los ámbitos; por ello, los notariados de todo el mundo se han visto obligados a encontrar soluciones para garantizar el ejercicio de la función en el respeto de los principios fundamentales.

Estas directrices complementan los principios generales de la Unión Internacional del Notariado en lo que respecta a las nuevas tecnologías, en particular en lo que se refiere al ejercicio de la función notarial y al acto auténtico en un entorno virtual.

En particular, el decálogo se refiere al otorgamiento de escrituras notariales bajo el concepto de “comparecencia en línea” de los requirentes ante notario. Con esta expresión se viene a significar que la identificación y la prestación del consentimiento en un momento determinado en el tiempo a través de medios tecnológicos adecuados, puede equivaler a la personación ante el Notario cuando éste no alberga dudas sobre la identidad del compareciente y el momento de prestación del consentimiento, pudiendo dar fe de ambos extremos.

Tienen por objeto su aplicación a todos los Notariados miembros de la UINL, cualquiera que sea su nivel de avance y desarrollo en materia digital, para consolidar los principios de confianza y seguridad jurídica en la función pública notarial.⁶⁴⁶

⁶⁴⁶ <https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ES+Comparecencia+en+linea/1440629c-956f-4c94-86c9-6ad490c3ce6d>.

VI. Evolución de los documentos público/privados en el derecho romano

Toda adopción de una nueva tecnología provoca cambios significativos en el modo en que los estados dan soluciones a la actividad propia que desarrollan los privados y en su vínculo con ellos.

De esta manera, vemos cómo ante la aparición de una tecnología disruptiva, producto de los avances propios de la humanidad y atento al crecimiento exponencial y la complejización de las relaciones, encontramos en todas las épocas soluciones que abordan esta problemática, formando una especie de amalgama con la tradición y en este orden de ideas, sostenemos que el paso de la oralidad a la escritura no fue la excepción.

En Roma, dentro del período de la República, la aparición de los *tabellionis* respondió a una necesidad derivada de las cada vez más complejas exigencias del tráfico patrimonial: la de preservar los contratos y los actos de relevancia jurídica a lo largo del tiempo. De esa manera, se indica que comenzó “a generalizarse la práctica de que extiendan los documentos ciertos profesionales o escribanos (*tabellionis*)”.⁶⁴⁷

El tabelión era un operador en las relaciones particulares. Cuando se trataba de comunicaciones por escrito, notas, cartas y demás correspondencias que un romano debía remitir, no se usaban tábulas, sino un medio similar pero de menor tamaño que recibía el nombre de “tabella”,⁶⁴⁸ de allí el nombre “tabelión”.⁶⁴⁹

⁶⁴⁷ ALEMÁN, A. (1998). Donatio et instrumentum. *Revue Internationale Des Droits De L'antiquité*, (45), pp. 209-228. <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/1998/RIDAXLV.pdf>.

⁶⁴⁸ "Billetes, cartas breves, apuntes, recibos, se escribían sobre tabletas enceradas (cerae)", según dice PAOLI, U. E. (1944). *Urbs. La vida en la antigua Roma* (p. 172). Barcelona: Joaquín Gil Editor.

⁶⁴⁹ SÁNCHEZ MALUF, M., (2012). La función notarial en Roma. *Anuario de Derecho*

La Novela 44 ubica la actividad de los tabeliones en lugares a los que denomina “*statio*” o plaza. También exige que el tabelión encargado de una plaza esté presente en el cumplimiento de sus funciones (desde el comienzo hasta la terminación del documento que se confecciona). La infracción o sanción por la ausencia del tabelión en la plaza a su cargo era la pérdida del derecho a ocupar esa plaza y su inmediata sustitución por otra persona en su cargo. Así, si quien había estado presente en el acto, en lugar del tabelión, era uno de sus auxiliares (llamados “ministrantes”), éste sustituía al tabelión destituido. La misma Novela castiga a aquel tabelión que era indigno de ejercer la plaza.⁶⁵⁰

Los *tabellionis* redactaban documentos a solicitud de parte, es decir, a pedido de quienes mediante la *rogatio* acudían ante él, fungiendo una función intermediaria que transformaba la voluntad oral en escrita, teniendo prohibido que, de alguna manera, pretendieran sustituirla por sus propios ideales. En este acto solemne no solamente comparecían personas que supieran leer, sino también aquellas que no lo podían hacer, lo que reafirma la idea de la importancia que la escritura empezó a cobrar en Roma para las actuaciones privadas. Además, se admitía la suscripción de la conformidad de lo redactado por el *tabellio* por testigos.

Luego, en la Novela 45. 1. pr se menciona que “a los mismos que están al frente del trabajo de los *tabellionis* se les imponga de todos modos que formalicen por sí el documento, y que estén presentes hasta que se acabe”.⁶⁵¹

Civil (p. 165). Córdoba: Editorial de la Universidad Católica de Córdoba. <https://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/ADC/article/view/974/1045>.

⁶⁵⁰ SÁNCHEZ MALUF, *op. cit.*, pp. 163-164.

⁶⁵¹ QUIROZ, A. M. (2023). Sobre la naturaleza jurídica de los documentos elaborados por los Tabellionis y su eficacia probatoria en el marco de los procesos judiciales del derecho romano justinianeo. *Estudio sobre Principios Generales y Derecho Romano. Vol. 2* (pp. 399-417). Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores.

De acuerdo con el Código de Justiniano, C. 4. 21. 17, se refería que era posible, en virtud del ejercicio de la autonomía privada, que las partes pudieran pactar una formalidad mayor reconocida por ley.

Junto con la satisfacción de la necesidad social derivada del tráfico patrimonial, el surgimiento de los *tabellionis* también coadyuvó a generar seguridad de derecho, hecho que denota la importancia de revalorar a esta figura. De esa manera, los documentos que se les empezaron a confiar, fueron utilizados progresivamente en el marco de los procesos judiciales, los cuales, al ser valorados en conjunto con otras pruebas, robustecían el sistema judicial romano y coadyuvaban a los jueces, para que finalmente se decantaran por convencerse de la posición de alguna de las partes intervinientes en el litigio.⁶⁵²

Al analizar la eficacia probatoria de los documentos elaborados por los *tabellionis* en el marco de los procesos judiciales, Guzmán Brito (1997) sostiene que los típicos medios de prueba admitidos eran la *confessio*, el *testimonium*, los documentos y la inspección judicial.⁶⁵³

De los mencionados, los únicos escritos eran los documentos o *instrumenta*, los cuales, a su vez, podían ser entendidos bajo una clasificación tripartita, dependiendo de quien fuera su autor y efectos que de ellos emanaban, pudiendo dividirse en públicos, privados e híbridos.

En el primer caso, los documentos públicos eran aquellos cuyo autor haya sido un funcionario público (representante legitimado por el Imperio) y que su facción fuera realizada en el ejercicio de sus funciones, dentro del marco de sus competencias. Estos instrumentos estaban premunidos de *fides* pública que les otorgaba un estatus especial, siendo su contenido exigible incluso a quienes no

⁶⁵² *Ibidem*.

⁶⁵³ GUZMÁN BRITO, A. (1997). *Derecho privado romano*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

hubieran suscrito el documento, por tener carácter oficial, además de ser incontrovertible tanto en el fondo como en la forma.

En contraposición, documentos privados eran aquellos que podían ser suscritos por los ciudadanos con fines particulares de naturaleza civil y no resultaban susceptibles de ser oponibles a terceros que no hubieran tomado conocimiento del mismo.

En ese orden de ideas, existió un tercer tipo de documentos, a los cuales podría considerárseles híbridos, que mezclaban características de los documentos públicos y los privados. Ese es el caso de los documentos redactados por los *tabellionis*.⁶⁵⁴

En esa línea, algunos autores coinciden con esta mixtura de cualidades, afirmando que “su naturaleza lo situaba en un lugar intermedio entre el documento privado y el documento público”⁶⁵⁵ o que tenía “carácter intermedio entre el privado y el público”.⁶⁵⁶

En cuanto a la función documentaria del *tabellio*, era un profesional privado que no realizaba sus actuaciones de manera independiente, sino que su habilitación dependía del Imperio y su existencia se debía a la utilidad brindada a los ciudadanos romanos. Es decir, previa evaluación subjetiva, era autorizado para poder ejercer sus funciones en una determinada plaza, circumscripción dentro de un espacio territorial y, segundo, encontrándose en ejercicio de sus tareas, requería que las personas acudieran ante él para formalizar los contratos o actos solicitados, no pudiendo realizar diligencias motu proprio.

En primer lugar, estaba la *rogatio*, que suponía un acercamiento

⁶⁵⁴ QUIROZ, *op. cit.*, pp. 399-417.

⁶⁵⁵ ORTUÑO, E. (2010). La publicidad en la donación: una reflexión sobre la regulación constantiniana. *Revista Internacional de Derecho Romano*, (5), pp. 1-55. http://www.ridrom.uclm.es/documentos5/Ortuno_imp.pdf.

⁶⁵⁶ BERNARD, L. (2012). Sobre la publicidad en el derecho romano postclásico. El supuesto de la *insinuatio donationis*. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad da Coruña*, (16), pp. 661-681.

de los interesados en formalizar un contrato al *tabellio*. Luego, se pasaba al momento de la emisión de la voluntad de los contratantes, donde dejaban claro qué debía decir el documento que el profesional tenía que redactar. Paralelamente, una fase de recepción de la información a cargo del *tabellio* implicaba que éste comprendiera los alcances del encargo que oralmente se le proponía. Seguido a ello, una fase de redacción que consistía en que el *tabellio* plasmara a través de la escritura en un soporte material lo que había entendido de la conversación con los contratantes. Como se indicó anteriormente, la escritura debía hacerse de manera íntegra, de principio a fin. Finalmente, se estableció una última etapa, la de traslado del documento, a través del cual el *tabellio* entregaba el instrumento a las partes para que pudieran usarlo según sus intereses.

De lo expuesto, se tiene que los *tabellionis* eran profesionales que, actuando de manera privada, redactaban documentos a solicitud de parte, con la finalidad de dejar prueba de actos y contratos que ante ellos se presentaban. Este rol guardaba una significativa relación con el sistema de administración de justicia romano, al cual nutría de material probatorio que era usado para resolver las controversias privadas.

Por un lado, el rol asesor del *tabellio* operaba en una fase *ex ante* del conflicto, previniéndolo. Los *tabellionis* realizaban sus mejores esfuerzos para orientar y ordenar la voluntad de los contratantes; de esa manera se evitarían conflictos cuando el documento hubiera terminado de redactarse.

Por otro lado, si es que el conflicto hubiera terminado originándose, el *tabellio* también cumplía una resaltante tarea para coadyuvar a impartir justicia y es que éste respondía ante los jueces, en calidad de testigo, por el documento que escribía, sin importar el contenido, que correspondía, en casi su totalidad, a la voluntad de las partes.⁶⁵⁷

Pese a no tener *fides* pública, los documentos del *tabellio* sí tenían

⁶⁵⁷ OUIROZ, *op. cit.*, pp. 399-417.

atributos que no poseían los instrumentos privados. En específico, tres presunciones de exactitud: autor cierto, lugar cierto y fecha cierta.

La autoría cierta se refería a la existencia del propio *tabellio*, quien ejercía su función previo examen y autorización del Imperio romano. Se está, entonces, frente a una labor intensamente regulada, y, en ese contexto, no cualquier persona podía automáticamente arrogarse estas tareas por más que tuviera aptitudes morales e intelectuales para desarrollarlas. En ese sentido, el solo hecho de ser *tabellio* establecía una presunción de exactitud en los documentos que elaboraba respecto a quién era el ciudadano que se estaba desempeñando en esa relevante actividad, y este dato, su nombre, iba detallado en cada documento.

Luego, y en relación con lo anterior, también cabe hablar de una presunción de exactitud respecto al lugar en donde el documento del *tabellio* había sido escrito puesto que la autorización para ejercer no era ilimitada, sino, por el contrario, se circunscribía a desarrollarse en una determinada provincia del Imperio. De esa manera, cuando alguien hubiere presentado un instrumento elaborado por un *tabellio* a un proceso judicial, la localidad que se señalaba en donde se concluyó el documento era un aspecto tomado como cierto para la actividad de valoración de prueba por parte de los jueces.

El derecho romano justiniano, atento a la importancia del factor temporal, encargó al *tabellio* la obligación de precisar la fecha exacta en la cual los documentos que conformaban eran realizados. Así, la Novela 48. 1. pr establece una serie de formalidades para la facción de instrumentos, señalando que

los *tabellionis*, y los que en general escriben documentos (...) comiencen de este modo los documentos: En el año tal del imperio de tal sacratísimo Augusto Emperador, y después de esto escriban el nombre del cónsul, que hay en aquel año, y en tercer lugar la indicción, el mes y el día. Porque de este modo se conserva íntegramente la fecha.⁶⁵⁸

⁶⁵⁸ ORTUÑO, *op. cit.*

VII. Avances en el uso de la *blockchain* en el ámbito notarial

VII. 1. Notariado de la República de Francia

Desde 2017, la Cámara de Notarios de París ha impulsado la digitalización mediante la creación de un Fondo para la Innovación. Este fondo tiene como objetivo fomentar la inversión en nuevas tecnologías y facilitar la transición digital en el ámbito notarial.

En julio de 2020, los notarios del área metropolitana de París implementaron una *blockchain* exclusiva para notarios. Esta infraestructura está alojada en centros de datos propiedad de los notarios franceses y solo ellos, junto con las personas que autorizan, pueden acceder a la red. A diferencia de las *blockchains* públicas, ésta puede registrar cientos de transacciones por segundo.

La *blockchain* para notarios se utiliza para almacenar pruebas, crear documentación y depositar en la caja fuerte electrónica del notario, proporcionando una mayor seguridad en los procesos notariales. Algunos servicios prestados a través de esta *blockchain* incluyen:

- Archivo Electrónico Notarial: Permite la conservación de documentos digitales en cajas fuertes digitales seguras, con pruebas de fecha de depósito, origen, tipo de archivo e integridad.
- Data Room Virtuales: Plataformas para almacenar y enviar información confidencial con altos niveles de seguridad. Permiten acceso solo a personas autorizadas y registran modificaciones en los documentos, eliminando la necesidad de registros en papel.

Además, la digitalización del notariado en Francia ha sido reforzada por la legislación que permite la redacción y firma electrónica de escrituras desde el año 2000. Más del 95% de las escrituras en Francia se firman electrónicamente, incluyendo ventas, donaciones,

sucesiones y más, asegurando la misma fuerza probatoria que los documentos en papel.⁶⁵⁹

Como expresa el artículo 1366 del Código Civil francés, “la escritura electrónica tiene la misma fuerza probatoria que la escrita en papel, siempre que la persona de quien emane pueda ser debidamente identificada y que esté redactada y almacenada en condiciones tales que garanticen su integridad”.⁶⁶⁰

VII. 2. Notariado de la República Federativa de Brasil

El notariado brasileño ha reconocido la inevitabilidad de la desmaterialización de los procesos y la necesidad de garantizar la seguridad de las actividades notariales en el entorno digital mediante un cifrado fuerte. En respuesta, el Colegio Notarial de Brasil creó el e-notary Cloud Backup y Notarchain, la cadena de bloques del notario, integrados en la plataforma de modernización de servicios notariales electrónicos lanzada en abril de 2021. Estos servicios aseguran la integridad de los actos digitales y previenen su alteración.

Notarchain es una red *blockchain* exclusiva para notarios, donde cada notario es un nodo del sistema. Utiliza un cifrado fuerte para validar documentos electrónicos y prevenir fraudes, garantizando la inmutabilidad de los datos. Cada cambio en la red debe ser aceptado por los miembros antes de ser añadido.

Desde agosto de 2022, todos los servicios notariales en Brasil pueden realizarse en línea, ofreciendo más de 150 incumbencias

⁶⁵⁹ BIELLI, ORDÓÑEZ y BRANCIFORTE, *op. cit.*, T. III, pp. 136 a 140.

⁶⁶⁰ Código Civil francés. Recuperado de: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032042461#:~:text=L'%C3%A9crit%20%C3%A9lectronique%20a%20la,%C3%A0%20en%20garantir%20l'int%C3%A9grit%C3%A9 (Consultado el 13/10/2024).

digitales, como casamientos por videoconferencia, escrituras de compraventa, registros de propiedad digitales, protestos de deudas, testamentos y autorizaciones.

La plataforma e-notary fue creada por y para notarios, sin delegar la verificación de identidad y certificación de firmas a organismos privados. Los notarios continúan interviniendo personalmente en estos procedimientos.

Para validar firmas electrónicas, se requiere un certificado digital notarial, emitido gratuitamente con una vigencia de dos años, instalado en el teléfono celular. Este certificado puede obtenerse presencialmente o mediante videoconferencia. Una vez obtenido, permite solicitar certificaciones de firmas remotas a través de la plataforma e-notary. La normativa brasileña permite esta certificación para actos jurídicos como transferencias de automotores, autorizaciones de viaje para menores, contratos inmobiliarios, divorcios, uniones civiles e incluso testamentos.

A partir de junio de 2022, el módulo de reconocimiento de firma electrónica, e-Not Assina, facilita la validación de firmas electrónicas desde cualquier parte del mundo, siempre que se tenga acceso a internet. El certificado digital notarial permite firmar documentos digitales electrónicamente y es emitido por notarios para personas domiciliadas en su jurisdicción.

En resumen, los notarios brasileños han implementado una revolución digital en sus servicios, ofreciendo el 100% de éstos digitalmente y garantizando la misma seguridad jurídica que en los documentos físicos.⁶⁶¹

⁶⁶¹ BIELLI, ORDÓÑEZ y BRANCIFORTE, *op. cit.*, T. III, pp. 140-144.

VII. 3. *El caso argentino*

El sistema notarial argentino se basa en los principios de la UINL, garantizando seguridad jurídica, asesoría imparcial y cumplimiento de normas. Los notarios verifican la capacidad, voluntad e intención de los contratantes, y cumplen con normas administrativas, registrales, fiscales y tributarias, además de colaborar activamente en la prevención del lavado de activos de origen delictivo, conforme a la Ley 25.246 y la normativa UIF 21/2011.

Para explotar el potencial de *blockchain*, los notarios deben unirse a nivel federal a través de nodos de conexión entre los 24 colegios profesionales y los organismos gubernamentales. La Ley 25.506 de Firma Digital y su modificatoria, la Ley 27.446, junto con el decreto reglamentario 182/2019 y la resolución 946/2021, facilitan este esquema.

En las 34^o Jornadas Notariales Argentinas se destacó el rol del CFNA en desarrollar plataformas notariales y políticas institucionales para integrar nuevas tecnologías. Se recomendó que los colegios notariales desarrollen conjuntamente sistemas y plataformas informáticas, promoviendo cambios en procesos y marcos normativos. Todo esto debería realizarse a través del CFNA, promoviendo la interoperabilidad con los colegios notariales y los Estados nacional, provinciales y municipales.⁶⁶²

VII. 4. *El notariado de CABA y la blockchain*

Frente a la realidad evidente, el Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tomó nota de las circunstancias imperantes y dio comienzo a un notariado moderno e inclusivo

⁶⁶² BIELLI, ORDÓÑEZ y BRANCIFORTE, *op. cit.*, T. III, pp. 146-148.

digital. Fue así que la institución incorporó en una sección de Acceso Restringido numerosas funciones que facilitan la labor digital diaria. En 2019 comenzó a operar la plataforma de Gestión de Documentos Notariales, conocida como Gedono, que brinda las garantías necesarias para la seguridad jurídica y que año a año viene evolucionando con la incorporación de los certificados remotos, de actuación extraprotocolar, de reproducciones digitales, de copias de escrituras digitales. Asimismo, la plataforma se complementa con otras gestiones online, como la posibilidad de obtener del Archivo de Protocolos de CABA, segundas o ulteriores copias de escrituras, o las copias simples de las escrituras matriz que facilitan y agilizan los estudios de títulos y recopilación de antecedentes.

Puntualmente el Gedono permite generar documentos notariales digitales, facilitando su circulación y validación mediante la página web de la institución y la de Blockchain Federal Argentina. A través de un sistema denominado Vadono (validador de documentos notariales) que “agiliza la validación de documentos notariales digitales” y está disponible en el sitio web del Colegio de Escribanos, de forma que instituciones públicas y privadas o ciudadanos particulares pueden “verificar, sin demoras y sin necesidad de instalar certificados adicionales, todos los documentos notariales digitales que reciban”. Al incorporar *blockchain*, todos los documentos elaborados por un escribano público a través del Gedono se registran en la Blockchain Federal Argentina.⁶⁶³

La plataforma notarial general posibilita que diariamente se pueda validar la identidad de los comparecientes mediante el convenio celebrado con el Renaper (Registro Nacional de las Personas), el que incluye, además, la información del RePET (Registro Público de

⁶⁶³ EL NOTARIADO (2019, 27 de agosto). ¿Qué es GEDONO? La nueva plataforma notarial. <https://www.elnotariado.com/que-gedono-nueva-plataforma-notarial-6232.html>.

Personas y Entidades vinculadas a Actos de Terrorismo y su Financiamiento); legalizar y apostillar documentos; registrar testamentos públicos u ológrafos (previa certificación de la firma del testador que facilita el proceso sucesorio), designación de tutor, actos de autoprotección; así como adquirir créditos para fondos de los distintos organismos vinculados a la actividad notarial, gestionar todos los certificados registrales y administrativos necesarios para una escritura de disposición de bienes dentro de la jurisdicción, los certificados de AySA y, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, el certificado de deuda de la Municipalidad de San Isidro, bregando porque todos los restantes organismos y municipios puedan incorporarse a esta plataforma y agilizar las gestiones.

Como parte de la evolución que se viene implementando, y siempre con el apoyo de la BFA, se incorporó en 2021, con un importante replanteo del sistema en 2022, el Sistema de Certificación de Firmas (SDF), que permite la certificación remota de la firma en los instrumentos privados con la misma certeza y seguridad jurídica que se logra en la certificación presencial. El escribano se puede apoyar en las métricas del Renaper para cerciorarse de la identidad de la persona.

A la fecha, la mayor certeza que tenemos es que el notariado de tipo latino puede lograr una inclusión digital de los procesos con plena seguridad jurídica y mediante el uso de la tecnología que brinda la *blockchain*.⁶⁶⁴

VIII. Conclusiones

De lo expuesto, no nos caben dudas de que los avances tecnológicos

⁶⁶⁴ BIELLI, ORDÓÑEZ y BRANCIFORTE, *op. cit.*, T. III.

que la humanidad ha ido experimentando a través de las distintas épocas han resultado en un cambio paradigmático, que ha tenido distintas respuestas a lo largo de la historia.

Partiendo de los conceptos vertidos en este trabajo, tendientes a hacer una aproximación al concepto de la tecnología *blockchain*, hemos visto cómo esta tecnología está transformando el ámbito notarial en diversos contextos internacionales, evidenciando avances significativos en países como Francia, Brasil y Argentina.

Entendemos que las implicancias del paso de la oralidad a la escritura en Roma, su consecuente desarrollo en el ámbito de las relaciones entre privados, y su impacto en sistema de administración de justicia romano, revelan cómo este cambio paradigmático influyó en la aparición de distintos actores, entre los que destacamos al *tabellio*, dando una solución adecuada a las necesidades de la época.

De manera análoga, consideramos que la tecnología *blockchain*, combinada con las facultades propias de la figura del notario, resulta una respuesta apropiada a las exigencias de la sociedad actual, garantizando la seguridad jurídica y el adecuado resguardo de los documentos públicos y privados, esta vez en el ámbito virtual.

IX. Referencias bibliográficas

ALEMÁN, A. (1998). Donatio et instrumentum. *Revue Internationale Des Droits De L'antiquité*, (45), pp. 209-228. <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/1998/RIDAXLV.pdf>.

BERNARD, L. (2012). Sobre la publicidad en el derecho romano postclásico. El supuesto de la *insinuatio donationis*. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad da Coruña*, (16), pp. 661-681.

- BIELLI, G., ORDÓÑEZ, C. y BRANCIFORTE, F. (Dirs.) (2022). *Colección Blockchain y Derecho*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley.
- BIELLI, G., ORDÓÑEZ, C. y BRANCIFORTE, F. (Dirs.) (2022). *Colección Blockchain y Derecho*. Tomo III. Buenos Aires: La Ley.
- GUZMÁN BRITO, A. (1997). *Derecho privado romano*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ORTUÑO, E. (2010). La publicidad en la donación: una reflexión sobre la regulación constantiniana. *Revista Internacional de Derecho Romano*, (5), pp. 1-55. http://www.ridrom.uclm.es/documentos5/Ortuno_imp.pdf.
- PAOLI, U. E. (1944). *Urbs. La vida en la antigua Roma* (p. 172). Barcelona: Joaquín Gil Editor.
- QUIROZ, A. M. (2023). Sobre la naturaleza jurídica de los documentos elaborados por los Tabellionis y su eficacia probatoria en el marco de los procesos judiciales del derecho romano justiniano. *Estudio sobre Principios Generales y Derecho Romano. Vol. 2* (pp. 399-417). Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores.
- SÁNCHEZ MALUF, M., (2012). La función notarial en Roma. *Anuario de Derecho Civil* (p. 165). Córdoba: Editorial de la Universidad Católica de Córdoba. <https://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/ADC/article/view/974/1045>.
- TUR FAÚNDEZ, C. (2018). *Smart contracts. Análisis jurídico* (p. 38). Madrid: Reus.
- VOSHMGIR, S. (2022). *Economía del Token: Cómo la Web3 reinventa internet*. Córdoba: Universidad Católica de Córdoba.

Una revisión de la relación entre Constantino y el cristianismo

Por José María Monzón

I. ¿Por qué importa reexaminar el gobierno de Constantino el Grande?

La historia no solo registra hechos, sino también la vida de determinados personajes que por diversas razones fueron un punto de inflexión. Este el caso del emperador Constantino. Elogiado por unos y denigrado por otros, su gobierno se destaca en la historia imperial romana. Por eso conviene, en orden a exponer y evaluar su gobierno, evitar cualquier posición ideológica, peligro que acecha a cualquier otro científico. De ahí que convenga considerar su gobierno desde una visión fundada en los documentos existentes de la época y en los hechos tal como se presentaron en la realidad. Como advierte Suárez, esto significa adoptar el recto pensar, el que sigue las leyes de la lógica.⁶⁶⁵

⁶⁶⁵ SUÁREZ, F. (1977). *Reflexiones sobre la historia y sobre el método de la investigación histórica* (p. 79). Rialp: Madrid.

Para algunos, la tarea de Constantino el Grande fue sobrevalorada a partir de la obra de Eusebio de Cesárea y de otros autores cristianos que siguieron su relato, llegando en Oriente a su sacralización.⁶⁶⁶ Para otros, esta perspectiva debe ser apreciada a la luz de la realidad de su tiempo. De esta manera se puede entender su persona y su imperio sin una visión ideológica. Sobre esta base realizamos el siguiente trabajo.

En primer lugar, el análisis de su gobierno requiere contar con fuentes tanto occidentales como orientales. Así se obtiene un marco histórico más amplio y de largo plazo. A tal fin conviene recordar lo señalado hace algunos años por Le Goff (2016). Según este historiador uno de los problemas fundamentales de la humanidad ha sido el de controlar el tiempo terrestre. Y agrega que hoy en día este tema se volvió muy importante en razón de que se busca tener el control del largo pasado. En función de ello –prosigue diciéndose organizó el tiempo en edades, épocas y ciclos. Sin embargo, para él es más adecuado hablar de período y de periodización, designando a este concepto como la acción humana en el tiempo cuyo corte no es neutro. Con esto se expresa la idea de viraje, transición y contradicción con relación a los valores y a la sociedad precedente: “Periodizar la historia es un acto complejo, a la vez cargado de subjetividad y de esfuerzo por producir un resultado aceptable para la gran mayoría”.⁶⁶⁷

Segundo, desde esta perspectiva se puede hablar de un período que distingue entre el antes y el después de Constantino, en el cual importa observar el valor y la vigencia de los mitos que se construyeron a su alrededor (su *conversio*, la *inventio crucis* y el Edicto

⁶⁶⁶ GERHOLD, V. (2013). Constantino I y la santidad imperial: construcción y rol político de la figura de "San Constantino". *Byzantion Nea Hellás*, (32), pp. 185-205.

⁶⁶⁷ LE GOLF, J. (2016). *¿Realmente es necesario cortar la historia en rebanadas?* (p. 13). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

de Milán),⁶⁶⁸ basados en una hierofanía, en su momento indiscutible,⁶⁶⁹ sobre cuyo peso advierte Hubeňák (2011), citando a Kolb, ya su antecesor

Diocleciano era consciente que, aunque su ascenso al gobierno y el apoyo a su gestión dependía de las legiones, éstas eran insuficientes para la restauración de Roma y su salvaguardia, como de su sistema político. Era indispensable una fundamentación más profunda y en la línea de la tradición romana (...) ésta debía ser religiosa.⁶⁷⁰

Luego, no extraña que en ese contexto la hierofanía sirviese a Constantino para legitimar su poder y mostrar su conversión al cristianismo, una convicción que posteriormente será útil para sustentar la denominada teología imperial, o más bien una teología de poder

⁶⁶⁸ HUBEŇÁK, F. (2011). La construcción del mito de Constantino a partir de Eusebio de Cesárea. *Polis. Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad*, (23), p. 66; TEJA, R. (2006). Iglesia y poder: el mito de Constantino y el papado romano. *Actas y comunicaciones del Instituto de Historia Antigua y Medieval*, 2.

⁶⁶⁹ La imagen histórica de Constantino deformada por el mito se inició en el momento mismo de su trascendental victoria sobre Majencio en las afueras de Roma en el 312 conocida como “la batalla del Puente Milvio”; le proporcionó el poder sobre todo el Occidente romano: “Lo que no era más que una guerra civil entre dos usurpadores del trono, fue legitimada por el propio emperador y por los cristianos del momento como la culminación de una guerra de religión: Constantino inspirado y protegido por el único Dios auténtico, el de los cristianos, alcanzó la victoria sobre Majencio, instrumento de los dioses paganos. Elemento fundamental de esta interpretación fue la visión celestial de la cruz en el cielo del propio emperador que ya los cristianos contemporáneos como Lactancio y Eusebio de Cesárea presentan con versiones contradictorias (...)” Ver TEJA, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁷⁰ HUBEŇÁK, F. (2019). La tetarquía y su teología política: sus implicaciones en las relaciones iglesia-imperio. *Revista Española de Derecho Canónico*, 76(187), p. 659.

imperial,⁶⁷¹ clave para entender el ascenso y consolidación del poder de Constantino y la de sus sucesores, y que ayudará a magnificar su figura más allá de su época.

Por último, interesa señalar dentro de ese marco el primer Concilio de Nicea (del cual se conmemoran en este 2025 los 1700 años), un concilio que no permanece ajeno al interés de Constantino y es fundamental para el desarrollo de la teología católica, en especial, para la confección del Credo (cuestión que no investigaremos en este trabajo). Su intervención no asombra pues ya lo hizo antes a pedido de los donatistas,⁶⁷² para lo cual convocó el concilio de Arlés en 314.

⁶⁷¹ “En el análisis de la teoría política bizantina resulta, ciertamente, muy difícil señalar dónde termina la Teología y dónde comienza la Política. Toda intervención imperial en materias religiosas o eclesiásticas, por ejemplo, que podría tenerse como prueba de una supremacía de lo político sobre lo religioso, admite igualmente la consideración teórica cristiana, teológica, de que todos los sucesos humanos están insertos en una Providencia que los cubre de cierta sacralidad dentro de la cual el emperador es el vicario de Dios.” Ver SOTO AYALA, R. A. (2013). Cristianismo y teoría política bizantina. *Byzantion nea hellás*, (32), p 212; “Maxentius not only lost his life in that battle, but afterwards Constantine was able to start a historiographical tradition in which his late predecessor figured prominently as an evil tyrant. Blackening Maxentius formed an important method of legitimising Constantine’s power. Supporters of Constantine did their utmost to present the new emperor as the Liberator urbis (or even orbis), emphasising the enthusiasm of the Roman people on his entering the city.” Ver HEKSTER, O. J. (2000). The city of Rome in late imperial ideology: The Tetrarchs, Maxentius, and Constantine. *Mediterraneo Antico*, 2(2), p. 20.

⁶⁷² Según los donatistas “la iglesia es el lugar exclusivo de la presencia de dios y de la salvación. sin embargo, los donatistas y los católicos difieren grandemente en la comprensión de esta relación. los primeros conciben la iglesia como un enclave único, separado completamente del mundo, refugio de pureza y santidad en medio de un mundo de pecado. En él, y solo en él, surge la salvación (...) fuera de la

Aunque cabe subrayar que no fue él quien buscó intervenir. Más bien, intentó derivarlo a las autoridades eclesiásticas competentes.⁶⁷³ Esta conducta lleva a sostener –siglos después– que su gobierno se presenta como un tipo de dominación política denominado cesaropapismo, que es común en la Antigüedad y se prolonga en el tiempo posterior –por oposición a otro tipo conocido como hierocracia–, conceptos que se encuentran difundidos en la clásica obra de Max Weber, *Economía y sociedad* (2002),⁶⁷⁴ para quien

iglesia no existen ni Espíritu santo, ni salvación, ni bautismo. además, para los donatistas, la iglesia, vista bajo la imagen del huerto y de la fuente, cobrará un esquema demasiado corporal y espacial. dado que según este esquema no puede haber distancia ni distinción entre la acción del Espíritu santo y el sacramento corporal, los donatistas enseñan que no se puede acceder a la salvación salvo que de hecho el fiel forme parte de la iglesia de cristo. Y esta pertenencia a la iglesia debe ser material o jurídica, por lo que sería imposible un bautismo de deseo: el Espíritu santo sólo actúa en el cuerpo visible de la iglesia verdadera.” Ver DOMENE, B. C. (2011). San Agustín y los donatistas. *Ecclesia*, 25(4), p. 474.

⁶⁷³ BALMACEDA, C. (2020). Constantino emperador cristiano—emperador romano. *Teología y vida*, 61(2), p. 151. Esta autora observa que este concilio “reúne alrededor de trescientos obispos de Oriente y Occidente lo que lo hace el primer concilio ecuménico. El emperador está presente en las sesiones del concilio, pero no hay evidencia, fuera de Eusebio de Cesárea, de que haya votado en ninguna de las materias discutidas. El sínodo de obispos escribió una carta colectiva anunciando los resultados de sus deliberaciones sobre la cuestión de Arrio y la fecha de la Pascua, pero se refiere siempre al emperador en tercera persona. Constantino, por su parte, escribió otra carta para informar a las Iglesias que tenían el deber de obedecer lo acordado por los más de 300 obispos reunidos. El concilio y el emperador parecen haber mantenido sus roles distintivos. Lo novedoso para los obispos era contar con el apoyo del emperador”.

⁶⁷⁴ WEBER, M. (2002). *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva* (pp. 889 y ss). Edición preparada por Johannes Winckelmann. Nota introductoria de José Medina Echevarría. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

El régimen cesaropapista —representado con bastante pureza en los Estados de la Antigüedad occidental— y con diferente intensidad en el Imperio bizantino, en los Estados orientales, en los Estados de la Iglesia oriental y en el llamado despotismo ilustrado de Europa trata los asuntos eclesiásticos simplemente como provincias de la administración política. Los dioses y los santos son dioses y santos oficiales. Su culto es asunto oficial; el soberano político tolera según su propio criterio nuevos dioses, dogmas, cultos o bien los excluye. El cumplimiento técnico de los deberes para con los dioses, en tanto que no es realizado simplemente por el funcionario político en cuanto tal con sólo la asistencia de los “especialistas” sacerdotales, se halla en manos de un sacerdocio sencillamente subordinado al poder político.⁶⁷⁵

Pero su origen —advierte Marek (2016)— se encuentra en el siglo XVIII en la obra de Justus Henning Böhmer, quien, estudiando el derecho en la Iglesia protestante, distingue dos clases de viejos hábitos humanos corruptos dañinos para la sociedad: la *papocaesaria*, un sistema legal donde la Iglesia crea las leyes seculares, y la *caesaropapia*, donde el poder secular regula los asuntos que conciernen a la Iglesia, de lo cual es ejemplo el Libro I del Código de Justiniano. Agrega Marek que “although historians payed little attention to Böhmer’s distinctions, they were sufficiently impressed by the idea of *caesaropapism* to adopt it as a tool in their descriptions of the

⁶⁷⁵ *Ibidem*, op. cit., 893. La hierocracia, según Weber, se presenta cuando el soberano es legitimado por el sacerdocio, sea como una encarnación de Dios o bien como un ser querido por Dios o cuando el sacerdote soberano desempeña también en calidad de sacerdote las funciones reales, “En este sentido, la ‘hierocracia’ —la ‘teocracia’ propiamente dicha— solo es representada por el segundo caso”, que se ha desarrollado con efectos permanentes sobre la estructura de la forma de gobierno, y donde se evita la formación de poderes temporales partidarios de la emancipación.

constitution of the Byzantine Empire”.⁶⁷⁶ Por lo tanto, contamos con nociones útiles para explicar este tipo de dominación política.⁶⁷⁷ No obstante, corresponde decir que este tipo de dominación no se presenta de manera pura en la realidad pues ésta es más compleja que lo que un modelo explicativo pueda exponer.

En consecuencia, con base en lo expuesto, el objetivo principal de este trabajo será responder a una pregunta crucial —o conjunto de cuestiones—: ¿qué significado real tuvo y tiene el gobierno de Constantino y cuál ha sido su influencia en el cristianismo occidental y oriental, sobre todo en el derecho? A fin de responder a esta pregunta dividimos este trabajo en cuatro partes: a) una que concierne a las circunstancias que marcan su gobierno; b) otra que analiza la construcción que hace de Constantino un emperador cristiano; c) la tercera examina la relación que nace entre Iglesia y el imperio; y d) se repasa la influencia del cristianismo en la legislación constantiniana.

⁶⁷⁶ MAREK, R. (2016). Caesaropapism and the Reality of the 4th–5th Century Roman Empire. *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, (9), p. 2.

⁶⁷⁷ “The reason why the caesaopapism is very useful in politic is its nature to capture the power. This power is concentrated in the hands of the head of the state which has absolute power. This is why it is still in use in many countries all over the world. Therefore the base of caesaropapism, as a notion is related with the greatest emperor of antiquity Constantine the Great which for the first time applied this form in official applied. Even the conversion of Constantine and the privileges of Christianity till in the moment when Christianity became the state religion in the time of Theodosius did not fundamentally Christianise the empire: where the imperial tradition survived, in the East, the Government was crypto-pagan”. Ver ARIFI, A. (2017). Caesaropapism of Constantine the Great and today’s reflection. *Academic Journal of Business*, 3(1), p. 283.

II. Camino al poder

El ascenso al poder imperial de Constantino se puede periodizar en cuatro fechas destacadas: 312, 313, 325 y 330. Por cierto, podrían haberse elegido otras fechas. Sin embargo, se estima que la elección puede fundarse a lo largo de lo que exponemos en este acápite.

El 312 tiene un doble significado. Por un lado, en ella se libra la famosa y decisiva batalla de Puente Milvio, la victoria de Constantino sobre Majencio, y por otro, se manifiesta la conocida hierofanía que le permite legitimar su poder. Al respecto cabe recordar que, en la Antigüedad, la relación entre la religión y la vida cotidiana es estrecha,⁶⁷⁸ y en el caso de Roma, en la época que nos ocupa, la religión tradicional

juega un papel fundamental y excluyente en esta construcción teopolítica (la de la tetrarquía). Se concibe al Imperio como una construcción política dominada por un único soberano que es el reflejo del Universo gobernado por un único Dios supremo y trascendente. El conjunto de la sociedad, convertida ahora en súbdita, debe rendir adoración y sujeción al soberano como parte del nuevo consenso social.⁶⁷⁹

⁶⁷⁸ “La unión y confusión de lo político con lo religioso, algo característico de las culturas antiguas (...) ahora destaca todavía más, porque, habiéndose resquebrajado en el siglo III los pilares cívicos tradicionales del Estado romano (sobre todo el Senado y las curias municipales), el poder supremo sólo pudo sustentarse en el ejército y buscar su legitimación en una teología política que vinculaba al emperador con la divinidad, a veces el Sol (así Claudio II o Aureliano), a veces Júpiter y Hércules (así los diversos tetrarcas), a veces, en fin, un indefinido dios supremo (así Constancio I), que a la postre Constantino identificará con Cristo.” Ver UBIÑA, J. F. (2009). Privilegios episcopales y genealogía de la intolerancia cristiana en época de Constantino. *Pyrenae*, 83.

⁶⁷⁹ CORTÉS, F. J. (2018). La legitimación cristiana de la dinastía constantiniana. *Palabra y Razón*, (14), p. 86.

Empero existe otro dato crucial: en ese período no se concibe esa unidad sin contar con una religión común lo que no se logra con las sucesivas persecuciones a los cristianos, por cuanto, esta política

no hace más que dañar el delicado consenso entre gobernantes y gobernados, ya de por sí deteriorado por el contexto de guerra civil. Es por ello que la persecución contra el cristianismo termina legalmente –al menos en Oriente– con el Edicto de Tolerancia de Sérdica (311) por el cual se les permite ejercer libremente su religión y se les restituye sus bienes confiscados.⁶⁸⁰

Por otra, en dicha batalla se manifiesta la visión de la cruz que abre paso a la ¿conversión? de Constantino, conversión de la cual se duda si se considera su vida posterior.⁶⁸¹ Según Weber a partir de ella es posible hablar de un acreditamiento que le permite afirmar que su poder lo es “por la gracia de Dios”. Y si quien gobierna lo detenta, esto trae éxito y prosperidad. En caso contrario, el poder se tambaleará.⁶⁸² Por eso, se acepta el milagro en tanto le ayuda a legitimar su naciente poder,⁶⁸³ porque

⁶⁸⁰ *Ibidem*.

⁶⁸¹ Además de las citadas en este texto: WIENAND, J. (2015). *Contested monarchy: integrating the Roman Empire in the fourth century AD*. Oxford: Oxford University Press; NIXON, Ch. y SAILOR RODGERS (Eds.) (1994). *In praise of later Roman emperors: the Panegyrici Latini*. Vol. 21. California: University of California Press; GRIEG, L. y KELLY, G. (Eds) (2012). *Two Romes: Rome and Constantinople in late antiquity*. Oxford: Oxford University Press.

⁶⁸² WEBER, *op. cit.*, p. 713.

⁶⁸³ “Le probleme des motifs de son adhesion au christianisme et de sa sincérité est plus débattu encore. Si la motivation que lui pretent Julien et Zosime est generalmente rejetée, les uns soutiennent que son choix resulte d’un simple calcul politique, l’homme d’Etat ayant estimé que le christianisme était un facteur d’unité de l’empire, qui le sauverait des dangers que lui avait fait courir la politique persécutrice

el milagro se convierte en una institución incorporada a la organización regular (así, el milagro comprobado); las capacidades carismáticas son objetivadas, quedan vinculadas a la ordenación en cuanto tal y se desprenden en principio (carácter *indelebilis*) de la “dignidad” personal del que ocupa un cargo (...).⁶⁸⁴

Para los cristianos esto tiene otro significado. A partir de ese momento nace un nuevo tipo de relación con el emperador. Y el dato no es menor porque con ella se vislumbra cómo será la relación de la Iglesia con los posteriores emperadores. Aunque debe subrayarse que

the claim that the Church accepted a form of absolute rule by the Emperor is hard to square with the Church's repugnance to arbitrary exercise of power by its bishops (...) Even though the emperor was generally believed to be a “type” of King David, an anointed prophet-king, and like David a monarch by God's will, God could, by the same token, withdraw His backing and point out a new leader. At any rate the role of the prophet-king was not tantamount to a license for despotic rule. The evidence to the contrary is based on the florid rhetoric of some texts, which suggest that the Church is ready to allow the Emperor unlimited powers. However, at a closer look we find beyond the grandiloquence a sober affirmation of natural justice and good governance.⁶⁸⁵

En cualquier caso, Constantino consolida la unión del Imperio

de ses prédécesseurs.” Ver MARAVAL, P. (2013). La religión de Constantin. *Anuario de Historia de la Iglesia*, (22), p. 19. Pero “Constantino jamás cesó de honrar el culto pagano. Sus ritos fueron salvaguardados. La protección imperial se extendió a los astrónomos y filósofos neo-platónicos de la nueva capital”. Ver DE DECKER, *op. cit.* en HUBEŇAK, *La tetarquía...*, *op. cit.*, p. 682.

⁶⁸⁴ WEBER, *op. cit.*, p. 896.

⁶⁸⁵ MAREK, *op. cit.*, p. 3.

y logra una nueva *pax augusta* que para algunos autores señala una actualización de la figura de César y de Augusto, cuyas imágenes se extienden en el imaginario romano,⁶⁸⁶ circunstancias que le permiten en 313 promulgar el Edicto de Milán, la segunda fecha relevante de su gobierno.

El Edicto de Milán es una consecuencia de lo anteriormente expuesto. Si para algunos este documento

puede ser calificado con propiedad de *falso storico* desde un cierto punto de vista. Se trata, en realidad, de un mero documento (*litterae*) de disposiciones burocráticas dirigido a los principales dignatarios de la administración imperial, que sería confirmado después por el emperador de Oriente, Licinio, en Nicomedia. Pero enseguida se transformó en la narrativa constantiniana brillantemente fabricada por el obispo Eusebio de Cesárea y, sobre todo, en la leyenda medieval posterior, en una solemne declaración de intenciones hasta convertirse en la expresión más conocida de aquella revolución social, espiritual y política que supuso el triunfo del cristianismo en el Imperio romano y llevará a la formación de la identidad del Occidente medieval y moderno.⁶⁸⁷

Para la historiografía cristiana este documento fue dotado de un valor que —como indica Hubeňák— “acentuó en exceso el papel de

⁶⁸⁶ Por ejemplo, una situación similar se presentará luego con la batalla de Covadonga en 722 una gesta que en el proceso de la Reconquista “se convierte, pues, en una bandera de combate plasmada en la Cruz de la Victoria (como la del Ponte Milvio en la Roma de Constantino) en la de los Ángeles y, sobre todo, en el imaginario del pueblo cristiano combatiente contra el musulmán”. Ver BALBUENA, F. A. (2019). Los oscuros orígenes del reino de Asturias, de la batalla de Covadonga a la Reconquista. *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, 3(2), p. 336.

⁶⁸⁷ RODRÍGUEZ DE LA PEÑA, M. A. (2013). El Edicto de Milán y la realeza imperial constantiniana. *Nueva revista de política, cultura y arte*, (145), p. 237.

Constantino en la ‘cristianización del Imperio’ en desmedro de la labor desempeñada medio siglo más tarde por Teodosio, llegando a confundir, inclusive, el contenido de las disposiciones de Milán con el Edicto de Tesalónica de este último”.⁶⁸⁸ Su resultado final: los cristianos obtienen la libre práctica, así como los bienes enajenados durante la última persecución.⁶⁸⁹

La tercera fecha es la del 325. En ella se reúne el primer Concilio de Nicea, un evento destacado para consolidación del Credo cristiano que tiene a Constantino como un actor importante. Al parecer, según los investigadores, la idea del concilio le fue sugerida por los obispos cristianos, lo que lo llevó a convocarlo dada la importancia que tenía la discusión sobre la divinidad de Jesucristo, lo que demuestra su interés por la teología. Y eligió Nicea, por estar cerca de Constantinopla y ser accesible por tierra y por mar. Para Teja y Acerbi (2023)

la gran mayoría de los pensadores del Renacimiento y de la Reforma aceptaron sin crítica alguna el pensamiento de Marsilio de Padua cuando en su obra *Defensor pacis* (1324) estableció en Constantino una frontera para la historia del cristianismo: *ante tempora Constantini/post tempora Constantini*. Este criterio ha sido adoptado de una manera general en la historiografía posterior, aunque con valoraciones enormemente contrapuestas.⁶⁹⁰

⁶⁸⁸ HUBEŇAK, *La construcción...*, *op. cit.*, p. 78. Pero para otros “este segundo decreto es el mismo que el promulgado el año anterior. Los móviles que impelieron a Constantino y a Licinio son desconocidos”. Ver MARTÍNEZ, J. M. B. (1974). Constantino el Grande y la Iglesia. *Jano: Medicina y humanidades*, (109), p. 80.

⁶⁸⁹ CORTÉS, *op. cit.*, p. 87.

⁶⁹⁰ TEJA, R. y ACERBI, S. (2023). El Concilio de Nicea y los inicios de una nueva relación entre el poder imperial y la jerarquía eclesiástica. *Anuario de historia de la Iglesia*, (32), p. 50.

Según Morales (2023),

the coherence of Constantine's theological reflections proves indirectly the authenticity of the theological declarations included in the official correspondence of the emperor, against the hypothesis of the intervention of ecclesiastical advisers or Christian secretaries. These declarations witness a personal interest in the theological content of the Nicene debates, beyond Constantine's general involvement in the religious affairs of his empire in search for peace and concord.⁶⁹¹

Esto no quita, de acuerdo a Buenacasa (2011), que Constantino ofrezca muestras de

su ambigüedad religiosa durante su período de gobierno en solitario, aunque, eso sí, serán más escasas y circunscritas, sobre todo, a la construcción de su nueva capital epónima. Una de ellas se colige de las ceremonias de fundación de Constantinopla –realizadas siguiendo los ancestrales ritos paganos–, otra se desprende del testimonio facilitado por Filostorgio, según el cual Constantino se erigió, en su foro constantinopolitano, una estatua como *Neos Helios*, siendo venerada como un ídolo pagano y recibiendo ofrendas de incienso, libaciones y cirios (...) se hará bautizar en la fe arriana antes de morir y tomará medidas para su enterramiento en la Iglesia de los Santos Apóstoles.⁶⁹²

⁶⁹¹ MORALES, X. (2023). What did Constantine learn in 325? Constantine's theological declarations before, at and after Nicaea. *Anuario de historia de la Iglesia*, (32), p. 186.

⁶⁹² BUENACASA PÉREZ, C. (2024). La “conversión” de Constantino I y su aproximación al cristianismo. En J. A. T. ERRAZQUINE (Ed.). *Cristianismo y mundo romano: V y VI Ciclos de conferencias sobre el Mundo Clásico* (p. 163). Lejona: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco. Hay que tener en cuenta que “yet even before the final condemnation of pagan cults, their followers were subject

De acuerdo a Afri, si bien Constantino hizo del cristianismo su culto favorito, al mismo tiempo toleró otras religiones dentro del Imperio.⁶⁹³ En opinión de Teja y Acerbi (2023), “lo que resulta indudable es que con Constantino se pusieron de manifiesto en Nicea unas relaciones entre el poder imperial y la jerarquía de la Iglesia mucho más sutiles de lo que pueden reflejar las figuras institucionales”, al punto que se habla de “profundo respeto y enorme confianza del emperador hacia los obispos”, aduciendo como la mejor prueba de ello el hecho de que Constantino se gloriase del título de *episkopos ton ektos*, es decir, *episkopos* –al margen de los múltiples significados que se han atribuido a esta discutida expresión– o bien *koinos episkopos*, al parecer, la preferida por Eusebio.⁶⁹⁴

Por último, en 330 sobre la base de Bizancio Constantino decide la construcción de Constantinopla, lo que demuestra la visión y la determinación del emperador de erigir una urbe diferente y rival de

to increased restrictions; already under Emperor Constantine I, pagan practices that were considered particularly offensive were forbidden, such as magic, extispicy or temple prostitution.” Ver PREISER-KAPELLER, J. (2024). A Christian Roman Empire? Byzantium between Imperial Monotheism and Religious Multiplicity, Fourth to Ninth Century CE (and Beyond). *Empires and Gods: The Role of Religions in Imperial History*, (1), p. 185.

⁶⁹³ ARIFI, *op. cit.*, p. 285.

⁶⁹⁴ TEJA y ACERBI, *op. cit.*, p. 57; “La institución conciliar no hizo sino consolidarse en los largos años de paz que precedieron a la persecución de Diocleciano. De ello tomó nota Constantino cuando, llevado de los mismos ideales de unidad que habían inspirado a Diocleciano, optó por utilizar a los obispos como instrumento privilegiado de su política religiosa. Lo pone de manifiesto en su carta a Milciades de Roma pidiéndole que presidiese una reunión de obispos que pusiese fin al naciente cisma donatista.” Ver ACERBI, S. (2016). El obispo y los concilios. En J. A. GÓMEZ CALVO, S. ACERBI, M. MARCOS y J. TORRES (Eds.). *El obispo en la Antigüedad tardía. Homenaje a Ramón Teja* (p. 58). Madrid: Trotta.

Roma, que para los apologistas cristianos fue producto de otra visión que tuvo Constantino. En opinión de Escribano Paño (2002),

hoy prevalecen posiciones conciliadoras que, sin negar que Constantino utilizó la religión como instrumento en su lucha por el poder, admiten que pudo tener a la vez motivaciones religiosas auténticas y duraderas, de suerte que, más que su conversión, interesa su metamorfosis religiosa.⁶⁹⁵

En este sentido, esta investigadora dice que

Las visiones constituyen una guía eficaz para el seguimiento de esta mudanza, puesto que su suceso jalona los hitos fundamentales de la transformación. Con su invocación Constantino construyó su imagen de hombre providencial, en tanto que, elegido por los dioses, y de excepcional militar, capaz de obtener la victoria en circunstancias adversas. Es decir, se sirvió de visiones y sueños no solo para acreditar la posesión de *pietas* y *uirtus*, sino para persuadir de su condición de hombre inspirado por la divinidad en la ejecución de sus iniciativas políticas.⁶⁹⁶

Esto explica la construcción de su imagen como emperador cristiano, de lo cual dará cuenta Eusebio de Cesárea,⁶⁹⁷ y a su sacralización

⁶⁹⁵ PAÑO, M. V. E. (2002). La primera visión de Constantino (310). *Codex aquilarensis: Cuadernos de investigación del Monasterio de Santa María la Real*, (18), p. 271.

⁶⁹⁶ *Ibidem*.

⁶⁹⁷ Gurruchaga escribe que Eusebio, un año antes de la muerte de Constantino, “en el 336, había expuesto una teoría subordinacionista de raigambre helenística sobre el Emperador y el Imperio Cristiano, imágenes del Padre e Imperio Celestial, en imitación del Logos Cristo por encima de la Iglesia. La *Vita Constantini* reflejaba la encarnación paradigmática de aquel emperador cristiano que vendría a ser el arquetipo del emperador del futuro. La obra, pues, comporta numerosas hipotecas.” En DE CESÁREA, E. (1994). *Vida de Constantino* (p. 10). Introducción, traducción y notas de Martín Gurruchaga. Gredos: Madrid.

en Oriente. El fruto de esto para los cristianos es que bajo su imperio la Iglesia se expandirá y, sobre todo, se legalizará. En este sentido, se dice que

la nueva relación que Constantino intenta establecer con la comunidad cristiana esta signada por los intereses que ambas partes ponen en consideración. Para el emperador, el apoyo de los cristianos puede servir para establecer una nueva paz social; para los cristianos, congraciarse con la dinastía gobernante es impedir el retorno de los tiempos de clandestinidad y persecución que dominan los últimos años del siglo III y primeros del IV.⁶⁹⁸

Así, Constantino, o su vida como la relata Eusebio, se convierte en modelo para los príncipes cristianos posteriores.⁶⁹⁹ Sólo falta un paso más: su sacralización, que no tardará en llegar.

III. La santificación de Constantino el Grande

En opinión de Gerhold (2013), su santificación no fue un proceso sencillo por su personalidad controvertida “tanto al interior de la polémica pagano-cristiana como al interior de las polémicas por la definición de la ortodoxia cristiana”.⁷⁰⁰ Es así que “la construcción de su santidad, en tal sentido, fue un proceso continuo y dinámico, que debió adaptarse a las diferentes épocas y a las diferentes exigencias políticas, y que debió responder a las varias tradiciones que pretendían poner en duda el modelo ideal del emperador santo”.⁷⁰¹

⁶⁹⁸ CORTÉS, *op. cit.*, p. 84.

⁶⁹⁹ WARE, C. (2014). The Severitas of Constantine: imperial virtues in Panegyrici Latini 7 (6) and 6 (7). *Journal of Late antiquity*, 7(1), pp. 86-109.

⁷⁰⁰ GERHOLD, *op. cit.*, p. 186.

⁷⁰¹ *Ibidem*.

De acuerdo a esta investigadora se encuentran tres grandes tradiciones con las cuales la definición de Constantino hubo de confrontar: a) la tradición pagana, “responsable de la difusión de una suerte de leyenda negra del emperador a la que debió responder el cristianismo oriental”; b) la tradición arriana, que “difundió una versión difamatoria del emperador que había excluido su teología del marco de la ortodoxia”; y c) la tradición papal, que no se consideró negativa en Oriente y se aceptó sin polémica alguna.⁷⁰² En este proceso influye la obra de Eusebio de Cesárea, “biógrafo oficial del emperador, cuya *Vita Constantini* puede ser considerada la única hagiografía imperial de época bizantina. De aquí surge el tema de “la revelación de la cruz antes de la batalla del Puente Milvio y el sueño en que Jesús esclareció el símbolo para el emperador”, la que se convertirá “al menos durante los primeros siglos del Imperio cristiano, en los puntos de referencia obligados de la tradición del primer emperador santo”.⁷⁰³

La pregunta es ¿quién es Eusebio de Cesárea? De acuerdo a Argimiro Velasco-Delgado (1973), la historia intelectual de Eusebio cabe ubicarla dentro de un marco donde tienen gran influencia personajes como Pánfilo, formado en Alejandría y empapado del ideal origeniano en su “triple dimensión: filosófica, exegética y ascética, y de sus métodos”, quien en Cesárea, donde fue ordenado presbítero, fundó una escuela de investigación. A ésta cabe añadir al obispo Agapio, quien “consciente de sus limitaciones, decidió encargar el cuidado del legado origeniano” a Pánfilo y lo puso al frente de la biblioteca de Orígenes.⁷⁰⁴

⁷⁰² *Ibidem*, pp. 186-187.

⁷⁰³ *Ibidem*, pp. 187.

⁷⁰⁴ “Pocos teólogos han tenido tanta influencia en la cultura cristiana como Orígenes y pocos también han generado tantas polémicas como las que han suscitado las obras del gran maestro alejandrino. Si bien sus detractores han intentado a lo largo de la historia ocultar la profundidad y la belleza de sus geniales intuiciones

En esta tarea Pánfilo cuenta con la ayuda de Porfirio, “notable calígrafo”. Hasta que “un día, no sabemos cuándo, se les juntó Eusebio”. Forman así un grupo unidos por “la misma pasión por el estudio, el mismo amor a las Sagradas Escrituras, pero sobre todo el mismo ideal de vida cristiana en la línea trazada por Orígenes”. Esto los lleva a restaurar y ampliar la biblioteca origeniana y a fijar el texto bíblico, incluyendo autores cristianos ortodoxos y heréticos, judíos y paganos, así como todo documento que fuese útil a “sus preocupaciones exegéticas, apologéticas o históricas”.⁷⁰⁵ Sobre estas bases Eusebio escribe sus conocidas obras *Historia eclesiástica* y *De vita Constantini*, un panegírico difícil de discutir en la época para los cristianos, sobre todo si se tienen en cuenta estos párrafos:

En sueños vio a Cristo, hijo de Dios, con el signo que apareció en el cielo y le ordenó que, una vez se fabricara una imitación del signo observado en el cielo, se sirviera de él como de un bastión en las batallas contra los enemigos.⁷⁰⁶

Propuso como su Dios al Salvador universal e invocó al Cristo como su Valedor, y colocando a la cabeza de los hoplitas y doríforos de su escolta personal el signo salvífico como victorioso trofeo de Aquel, se puso al frente de sus tropas con el fin de restituir a los romanos las libertades heredadas de sus mayores.⁷⁰⁷

aduciendo supuestas herejías, su legado se ha mantenido incólume a lo largo de los siglos (...) Según las palabras de Gregorio de Nacianzo: ‘Él es la piedra que nos afila a todos’. En CINER, P. A. (2013, 17-19 de septiembre). *El legado de Orígenes a la teología cristiana contemporánea*. Jornadas Diálogos Literatura, Estética y Teología. La libertad del Espíritu, Universidad Católica Argentina.

⁷⁰⁵ DE CESÁREA. E. (1973). *Historia eclesiástica* (pp. 17-20). Texto, versión española, introducción y notas por A. Velasco-Delgado. Gredos: Madrid.

⁷⁰⁶ DE CESÁREA, *Vit. Const...*, *op. cit.*, I, 29.

⁷⁰⁷ *Ibidem*, I, 37, 1.

Estas citas sirven para entender tanto la estrecha vinculación entre Iglesia e Imperio que se establecerá como su sacralización, controversial, por cuanto, siguiendo lo descrito por la leyenda pagana, se mencionan entre otras razones para tildarla de impropia –como resume Gerhold (2013)– “al menos seis motivos recurrentes: a) el bajo origen familiar de Constantino; b) la brutalidad y la codicia del emperador; c) el asesinato del cesar Crispo y de la emperatriz Fausta; d) la conversión y el bautismo de Constantino; e) la fundación de Constantinopla; f) la leyenda negra de santa Helena, a su vez integrada por una serie de subtemas propios”,⁷⁰⁸ siendo los más importante su conversión y bautismo. Pero, en la actualidad, resulta plausible aceptar la perspectiva de Gerhold (2013), para quien

la construcción de la santidad de Constantino I responde así a un proceso complejo en el cual resulta necesario detenerse para observar en qué medida la figura del primer emperador santo constituye un ejemplo propio de santidad definida en términos políticos. Más allá de la disputa pagano-cristiana en torno a Constantino –cuyo carácter político resulta evidente–, es interesante considerar la transición en virtud de la cual la santidad imperial paso a constituir un motivo de disputa al interior del propio cristianismo. El caso de Constantino I frente al arrianismo no haría más que ofrecer, en ese sentido, un primer ejemplo dentro de una larga lista de emperadores cuya santidad –como la de Teodosio I, Marciano, León I, Justino I, Justiniano I y II, Constantino IV– iba a estar vinculada a la definición de la Ortodoxia cristiana.⁷⁰⁹

Todo lo cual da pie a examinar el cesaropapismo, un tipo de dominación política acorde –como dijimos– con la estructura de poder de la Antigüedad tardía, cuyas características se reproducirán en el tiempo y en otros espacios.

⁷⁰⁸ GERHOLD, *op. cit.*, p. 189.

⁷⁰⁹ *Ibidem*, p. 202.

IV. El cesaropapismo

Si existe un tema crucial es el de la relación entre la Iglesia y el Imperio romano. Si se manifestó un cesaropapismo conviene indagar por qué y cómo se justificó. Al respecto importa notar, por un lado, que Constantino emite dos edictos (311 y 313) que anulan los efectos de la persecución de Licinio,⁷¹⁰ que Eusebio cita, donde consta que se declara enviado de Dios, y que uno de los designios del “Omnipotente” habría sido alentar en toda la raza humana el culto a la “reverendísima ley”. Por otro, Constantino no obliga a la conversión al cristianismo, sino que espera los paganos perciban su error, llamando a la convivencia pacífica:

⁷¹⁰ “Entre nosotros se efectuó, como ya antes entre los occidentales, un catálogo de disposiciones impregnadas de imperial humanidad; leyes que exhalaban la reverencia a la divinidad, propagaban la noticia de toda suerte de bienes, dando a los provinciales lo que resultaba conveniente y provechoso y prescribiendo para las iglesias de Dios lo que equitativamente les correspondía. En primer lugar, se reclamó a aquellos que por no sacrificar a los ídolos soportaron destierro y deportaciones por orden de las autoridades provinciales; después, fueron declarados exentos de las cargas públicas quienes por ese motivo habían sido adscritos a las corporaciones curiales. Estas disposiciones ordenaban, por otro lado, devolver sus haciendas a los que se les habían confiscado. Los que con ocasión de la prueba brillaron con la gracia de Dios por la fortaleza de su espíritu, que o fueron arrojados a las minas para ir languideciendo de padecimientos, o condenados a residir en islas, o forzados a servir en obras públicas, al punto disfrutaron la emancipación de todo ello sin excepción. La generosidad imperial rectificó la injusticia que se cometió con los que fueron degradados de su rango militar por su patente firmeza en la fe, dándoles la posibilidad de elegir, o reasumir el que tenían y gozar de sus anteriores prerrogativas, o, los que gustaran de una vida de menos ajetreo, continuarla con absoluta franquicia de cargas públicas.” Ver DE CESÁREA, *Vit. Const...*, *op. cit.*, II, 20, pp. 1-4.

Yo deseo que tu pueblo viva en paz y perviva en concordia para común beneficio de todos los hombres de la población. Los enredados en el error gocen alegres, al igual que los que creen, de la paz y de la quietud. Pues esa dulzura que dimana de la comunión social valdrá para corregir a aquellos y conducirlos por el recto camino. Que nadie moleste a otro; aprópiase cada cual lo que su ánimo quiera, y úselo. Es preciso que los que albergan buenas intenciones lleguen al convencimiento de que solamente vivirán en santidad y pureza aquellos a los que tú mismo llamas a reposar sobre tus santas leyes. Los que se retraen, tengan, si lo quieren, los templos de la mentira. Nosotros poseemos la esplendísimas mansión de tu verdad, que has dado conforme a la naturaleza. También rogamos por aquellos para que también ellos se ganen la más íntima alegría en virtud de la concordia que patentemente reina. Pues no es nueva ni reciente nuestra religión, por el contrario, la propalaste con la veneración que te es debida, desde el momento en que hemos creído que se originó sólidamente la ordenación del universo.⁷¹¹

Con relación a esto, escribe Pérez Medina (1996), que los emperadores anteriores tenían desconfianza hacia las prácticas adivinatorias por considerarlas básicamente de tipo político, lo que se confirma con el testimonio de ciertas fuentes que certifican la existencia de oráculos adversos a Constantino antes de la batalla del Milvio, lo cual, dado el contexto, indica el papel de la religión. En consecuencia, parece una buena política –acorde con su conversión– la promulgación de los edictos mencionados en orden a lograr el orden y la paz dentro del imperio, alejando la época de las persecuciones de Diocleciano,⁷¹² lo que, de alguna manera, además dan por tierra los oráculos previos.

⁷¹¹ *Ibidem*, pp. 56-57.

⁷¹² MEDINA, M. P. (1996). Sobre la prohibición de sacrificios por Constantino. *Florentia Iliberritana*, (7), p. 233.

Junto a esto importa considerar que estaba cercana en el tiempo y en la memoria la crisis del siglo III.⁷¹³ Por eso, la búsqueda de la unidad es un fin valioso a los ojos del emperador y de la sociedad. Y esto no se entiende sin referirse a la tetarquía, la que tendrá una fundamentación religiosa. Se pasa de una invocación al dios solar a una a Júpiter, como advierte Hubeňak (2019), y agrega, citando a Aureliano, el emperador se considera el “delegado de Júpiter sobre la tierra”.⁷¹⁴ Si se adopta esta línea de fundamentación del poder resulta comprensible la concepción de Constantino y, por consiguiente, su cesaropapismo.

In continuing and completing the work of Diocletian, Constantine established the basis of the Byzantine state which was to exist for more than a millennium after him and was to preserve Greek literature and codify Roman law; this is no mean achievement. Ten emperors after him, including the last emperor of Byzantium, carried his name, and a new emperor could receive no greater compliment than to be called “a new Constantine”.⁷¹⁵

La razón de esto es que

from the viewpoint of imperial control, however, there was probably no sharp difference in Constantine's mind between the spheres of church and state. Each was an important aspect of the *Basileia* on earth over which the emperor ruled as the divinely appointed agent of God. If at times, because of temporary political exigency, Constantine seemed unduly tolerant of the Arians or even of the pagans –not however of the Donatists– he never

⁷¹³ Para un debate sobre este punto véase: UBIÑA, J. F. (1997). La Crisis del siglo III. Realidad histórica y distorsiones historiográficas. *Tiempo y Espacio*, (7)8, pp. 263-287.

⁷¹⁴ HUBĚŇAK, La tetarquía..., *op. cit.*, p. 660.

⁷¹⁵ ARIFI, *op. cit.*, p. 284.

really deviated from his underlying conviction of being God's vicegerent on earth.⁷¹⁶

Por eso,

there is no doubt that Constantine wanted not only to believe, but to make certain that he had secured the stamp of divine approval for his reign. And along of course with his aim of providing at imperial expense larger structures to hold the growing congregations where proper worship could take place, this seeking of divine sanction was probably an underlying motivation for his building of structures to honor the holy martyrs and to enshrine the holy places connected with the life and passion of Christ.⁷¹⁷

En este marco, se comprende el panegírico de Eusebio.⁷¹⁸ Según Schmitt,

el hecho de que un obispo cristiano como Eusebio, que sobrevivió a la persecución de los cristianos por Diocleciano, elogie con palabras exaltadas al emperador Constantino, que acabó con esas persecuciones, es un comportamiento natural y no una razón para liquidaciones teológicas mientras

⁷¹⁶ GEANAKOPOLOS, D. J. (1966). Church Building and Caesaropapism, AD 312-565. *Greek, Roman, and Byzantine Studies*, 7(2), p. 174.

⁷¹⁷ *Ibidem*, p. 171.

⁷¹⁸ “Los reproches a los que el obispo cristiano Eusebio de Cesárea está expuesto se refieren moralmente a su carácter, teológico-dogmáticamente, a su ortodoxia. Las acusaciones morales van muy lejos, hasta difamarlo por completo como cristiano, como ser humano y como historiador. Su admiración por Constantino el Grande es utilizada para presentarlo como un cesaropapista, como un bizantino en el peor sentido de la palabra, como un servidor de los príncipes.” Ver SCHMITT, C. (2009). *Teología política* (p. 97). Traducción de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Madrid: Trotta.

el obispo no confunda al emperador con Dios o con Cristo. Eusebio no hizo esto.⁷¹⁹

Sin embargo, para otros autores, un cuadro más amplio muestra que

bajo Constantino, el paganismo representaba un elemento preponderante en la sociedad y el gobierno, mientras los cristianos eran solo una minoría (...). En tal caso, la teoría política de las relaciones de Constantino y el cristianismo debe ser rechazada, en su forma integral al menos. Ningún gran estadista hubiese podido construir sus planes apoyándose en esa décima parte de la población, que además, como se sabe, no se mezclaba entonces en política.⁷²⁰

En cualquier caso, Geanakoplos, siguiendo a Setton, nota que

why did the bishops of Constantine's reign, Nicene and Arian alike, seem to raise no serious objections to the imposition of Constantine's will over the church? Even Athanasius (that is, before the reign of Constantius) made no real protest, his differences with Constantine apparently being based rather on the emperor's seemingly conciliatory attitude toward Arianism, that is toward false dogma, Athanasius in fact wanted Constantine to use to the full his imperial authority in order to suppress Arianism. The bishops' acceptance of, or apparent concurrence in, Constantine's authority over the church, was probably based on the bishops' need of state support at this crucial period of the church's development, on their gratitude for Constantine's elevation of Christianity to at least the level of the other religions, as well as on the bishops' appreciation of the many

⁷¹⁹ SCHMITT, *op. cit.*, p. 104.

⁷²⁰ VASIELIEV, A. A. (1946). *Historia del Imperio bizantino* (p. 81). Barcelona: Joaquín Gil.

favors the emperor had lavished upon them, such as relief from curial duties and the grant of extensive properties, not least impressive, of new churches and shrines.⁷²¹

Esto revela la necesidad de la Iglesia y del emperador de obrar un trabajo conjunto para lograr la unidad del Imperio.⁷²² Independientemente de los diversos motivos que ambos actores tuviesen hubo beneficios mutuos. Sin embargo, esto favoreció posteriormente, sobre todo en Oriente, la injerencia de los emperadores, o del poder secular, en la actividad de la Iglesia en cuestiones que le eran ajenas, lo que se observará en Justiniano I.⁷²³

En resumen, de acuerdo a lo examinado el cesaropapismo de Constantino fue mitigado. Desde su perspectiva y su época no había otro rumbo a tomar, y lo hizo de manera menos intensa si se lo

⁷²¹ GEANAKOPLOS, *op. cit.*, p. 174.

⁷²² "The idea of *συμμετοχή* (*consonantia*) postulated an equipoise between secular politics and the principles of the Kingdom of God, a harmonious co-operation between imperial authority and the Church. *Symphonia* was an ideal, an aspiration, rather than a political theory. It was outlined by Gregory of Nyssa, whose model was the Biblical idea of God's special protection of the People of the Covenant. Its essence is expressed by this rule: if the emperor follows the will of God and the people keep their faith then God will bless and protect their kingdom like He did the Israel of old". Ver MAREK, *op. cit.*, p. 11.

⁷²³ "No doubt Justinian found the Biblical idea of *symphonia* useful in justifying his claim to supervise the Church's doctrine. However, it is important to note that the remit he stakes out for himself has clear bounds. It is to ensure a harmony whose existence depends on the observance of the canons handed down by the apostles and 'preserved and interpreted by the holy fathers'. Finally, even if the emperor were to become a paragon of piety that could do no wrong, the faithful were continually warned by the same Book of Psalms to put no trust in princes, nor in the leaders of the people". Ver MAREK, *op. cit.*, p. 12.

compara con Justiniano I. El análisis de su labor legislativa y de la real influencia de la Iglesia —que haremos seguidamente— creo que justifica lo que sustentamos.

V. La influencia del cristianismo en la legislación constantiniana

La influencia del cristianismo en la legislación es un tema que requiere una seria objetividad pues la tentación de observar los hechos bajo el punto de vista de nuestro tiempo se encuentra a la mano. Lo primero que se nota es que no hay un cambio radical de la cultura legal. Más bien se manifiesta una progresiva transformación que quedará clara con el desarrollo del Imperio bizantino. En este sentido, es posible decir que el tránsito del paganismo al cristianismo no implica una sustitución del primero por el segundo. Esto se evidencia con el Edicto de Milán que expone una tolerancia que, a primera vista, parece contradictoria con la idea que se tiene de la legislación antipagana. En este sentido, se opina que

despite all the differences that separated the two groups, the interaction between them was extremely important. In recent years scholars have tended to emphasize the physical coexistence of pagans and Christians and the mutual influences of the two cultures more strongly than their conflicts and differences.⁷²⁴

A lo que agrega Goddard:

⁷²⁴ SARADI-MENDELOVICI, H. (1990). Christian attitudes toward pagan monuments in Late Antiquity and their legacy in later Byzantine centuries. *Dumbarton Oaks Papers*, (44), p. 48.

L'intolérance n'empêche pas toutefois la coexistence et la convergence de stratégies religieuses que tout pourtant semble opposer. Si je tiens ici à me concentrer sur l'attitude des païens, il est pourtant essentiel de comprendre l'évolution de la politique impériale, car cette dernière conditionnait leur comportement. Il faudra seulement pas à pas tenter d'imaginer ce que ces mesures devaient signifier pour un esprit de l'époque. Ce qui nous semble aujourd'hui contradictoire et paradoxal pouvait sembler alors logique et cohérent. Il me semble d'ailleurs que l'une des premières erreurs de l'historiographie est d'avoir distingué de façon artificielle le culte impérial des autres cultes officiels de l'État romain.⁷²⁵

Entonces, tenemos una convivencia entre el paganismo y el cristianismo, que por cierto debe comprenderse bajo las condiciones históricas bajo las cuales se desenvuelve. Dentro de ese contexto, corresponde analizar la legislación constantiniana a cuyo efecto dividimos nuestro análisis en cuatro temas: a) el matrimonio; b) las sucesiones; c) el rol de los obispos; y d) la legislación antipagana y antiherética. Aunque existen otros temas de igual interés, pienso que los mencionados ofrecen un panorama real de la influencia del cristianismo en las leyes.

En primer lugar, con relación al matrimonio conviene tener en cuenta que en Roma “el matrimonio era una institución más social que jurídica, tuvo connotaciones sociales, éticas y religiosas. Se describe como la unión seria, continua y aparente entre un hombre y una mujer *liberorum quaerendorum causa*”.⁷²⁶ Pero el devenir

⁷²⁵ GODDARD, C. J. (2002). Les formes festives de l'allégeance au Prince en Italie centrale, sous le règne de Constantin: un suicide religieux? *Mélanges de l'école française de Rome*, 114(2), p. 1047.

⁷²⁶ ÁLVAREZ, M. B. y SCONDA, M. V. (2021). El matrimonio romano: definición de elementos y requisitos y su recepción en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en la Ley 2393 de Matrimonio Civil. El matrimonio igualitario. Conflictos actuales.

histórico, junto a las necesidades políticas, modifican esta idea a partir de Augusto. Así nos encontramos con la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a. C.)⁷²⁷ y la *Lex Papia Poppaea* (9 d. C.),⁷²⁸ las cuales introducen innovaciones en el derecho clásico y se configuran “como un imperativo matrimonial”. Empero, desde del siglo IV d. C. éstas “empiezan a caer en desuso debido al desplazamiento

Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo (p. 272). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

⁷²⁷ “A tenor de lo expuesto, el emperador Augusto pretendía no solo aumentar el número de nacimientos sino que, de forma paralela, quería que los nacidos fuesen ciudadanos genuinamente romanos. De ahí la idea de romanidad para hacer como una especie de raza pura de los ciudadanos que efectivamente cumplierse con las condiciones establecidas para ser *cives* (...)”. Ver CATALÁN, E. M. (2020). Matrimonios ilegales, inexistentes o nulos, desde la legislación matrimonial de Augusto hasta Constantino I. *Revista de Derecho UNED*, (26), pp. 397-398. Esto sucede porque “en el aspecto social y económico, observamos cómo durante el siglo II a. C. a la anteriormente nombrada destrucción de las familias de las clases más elevadas, se une hechos tan determinantes como: el elevado número de guerras, el otorgamiento de libertad a muchos esclavos (quienes normalmente se convertían en ciudadanos romanos, aun cuando no compartían las virtudes del *cives* tradicional, ni respondían a los mismos esquemas morales ni valores éticos que investían a un ciudadano romano), el caos económico derivado de las luchas, y la grave decadencia de las costumbres, ya que se produjo un olvido tanto de los *mores maiorum* como de los ideales y virtudes tradicionales del pueblo romano. En este punto, la tarea del emperador Augusto consistió en dictar normas unilaterales sin intervención del pueblo romano para recuperar el orden moral perdido (...)”. Ver CATALÁN, *op. cit.*, p. 397. A estas leyes se añade la *Lex Iulia de adulteris coercendis* del 17 a 16 a. C.

⁷²⁸ Fue promulgada con la finalidad de alentar y fortalecer el matrimonio, y se complementaba con la anterior. Por un lado, se castigaba el adulterio y el celibato, y por otro, se daban privilegios para los padres con tres o más hijos.

del centro de gravedad del Imperio hacia Oriente y la oposición del cristianismo con sus ideas nuevas acerca del matrimonio, quedando en el derecho justiniano algunos restos insignificantes de ellas”.⁷²⁹

Entonces, con relación a quienes pueden contraer justas nupcias se dice que Constantino usa la palabra “prohibición” para referirse a la imposibilidad de que ciertas personas puedan contraerlas, y si bien mantiene las prohibiciones clásicas, aumenta las de carácter social.⁷³⁰ Respecto de los *caelibes* y *orbi*, en una Constitución del 320 elimina las sanciones impuestas y se argumenta que “inconscientemente” resta eficacia a los senadoconsultos Perniciano, Claudiano y Calvisiano, “hasta su desaparición definitiva y lógicamente a las normas relativas al *pater solitarias* al ser éstas una simple atenuación de la incapacidad de los *caelibes*”.⁷³¹ Algunos autores indican que esto se debe a la influencia de su amigo Osio de Córdoba, obispo español que trabajó en la Corte del emperador entre el año 312 y 325 d. C.

⁷²⁹ CATALÁN, *op. cit.*, p. 403.

⁷³⁰ *Ibidem*, p. 406. Se prohíbe el matrimonio de un senador o de uno de sus hijos con un esclavo emancipado; el de una mujer con un esclavo emancipado o de la mujer que hubiese seguido a un bailarín, actor o gladiador; el matrimonio con una prostituta o de un liberto con la hija de un senador.

⁷³¹ ORTÍN GARCÍA, C. (2021). Edad, matrimonio y *Lex Iulia et Papia Poppaea* (p. 907). *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado; “El senadoconsulto Claudiano, mitigando tal situación, eximió de las penas previstas para los *caelibes* al hombre sexagenario que contrajese matrimonio con una mujer menor de cincuenta años, aclarando posteriormente el senadoconsulto Calvisiano que tal tratamiento de favor no era de aplicación respecto de la mujer mayor de cincuenta años unida en matrimonio con un hombre de menos de sesenta, considerándose tal unión como impar *matrimonium*”. Ver LÓPEZ, E. D. (2004). La impotencia en las *leges iulia et papia poppaea*. *El derecho de familia: de Roma al derecho actual* (pp. 171-172). Huelva: Universidad de Huelva.

e influyó en su conversión y en la expansión del cristianismo.⁷³² De acuerdo a Balmaceda (2020), Constantino, al revocar la *lex Iulia* citada, beneficia a las vírgenes y a los hombres célibes cristianos, quienes desde ese momento pueden heredar.⁷³³

Sin embargo, la influencia del cristianismo no fue total –de acuerdo a Domingo (1989)– porque, por ejemplo, Constantino prohibió el divorcio unilateral salvo en tres supuestos –*tria crimina*– que deben ser probados. Por lo cual, la mujer puede divorciarse tan solo en el supuesto de que su marido sea homicida, envenenador o violador de sepulcros. Por su parte, el marido puede repudiar a su mujer si ésta hubiera cometido un adulterio,⁷³⁴ un envenenamiento o fuera alcahueta. En tanto se mantiene el divorcio *mutuo consensu*.⁷³⁵ Al respecto, corresponde advertir lo siguiente:

By the fourth century there was a long history of imperial intervention in the sexual lives of citizens, reflected in prose literature, but under Constantine legal action against adultery became especially harsh. Early in his reign (3 November 313 or 314) he enacted that adultery was to be considered

⁷³² CATALÁN, *op. cit.*, p. 405.

⁷³³ BALMACEDA, *op. cit.*, p. 156.

⁷³⁴ “La mayor parte de los escritos de los primeros siglos del cristianismo dedican especial atención a los peligros que para el espíritu entrañaban los impulsos de la lujuria, destacando en este sentido San Ambrosio y San Agustín. Las obras de los autores cristianos de las últimas centurias del Imperio muestran, por una parte, la continuación de la tradición romana en lo concerniente a la sujeción de la mujer a la potestad masculina y a la idea del matrimonio como marco legal en el que tienen lugar las actividades de procreación.” Ver ARROCHA, B. R. (2010). La concepción jurídica y moral del adulterio en Roma: fuentes para su estudio. *Anales de la Facultad de Derecho*, (27), p. 137.

⁷³⁵ DOMINGO, R. (1989). *La legislación matrimonial de Constantino* (pp. 38-39). Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra.

a serious crime along with homicide and magic and one that would be punished with the extreme penalty, provided that guilt could be established by a confession or irrefutable evidence (*Cod. Theod.* 9. 40. 1). Furthermore, as noted above, legal procedure in cases of adultery became more of a family matter. Like the Augustan legislation, the laws of Constantine on marriage were controversial and became an area of contention among those opposed to his new order, especially those attached to, or acquainted with, the imperial court.⁷³⁶

Segundo, Constantino modifica la ley testamentaria a fin de permitir que los moribundos puedan dejar todos sus bienes a la Iglesia, lo que da inicio al enriquecimiento de ésta. Junto a esto “se derogan las limitaciones hereditarias de herederos ajenos, se promueve el principio de libertad de la mujer tanto para no contraer matrimonio contra su voluntad, como para permanecer viuda”.⁷³⁷ Con relación a esto es necesario tomar nota que “uno de los factores de renovación de este derecho se debió a la influencia que ejercieron sobre él los derechos orientales, sobre todo las instituciones y concepciones jurídicas helénicas, que han puesto de manifiesto claramente las relaciones entre el derecho griego y el derecho romano”.⁷³⁸

Tercero, en esta cuestión hay que aclarar y recordar que el rol de los obispos solo es comprensible a la luz de la época y de las circunstancias que se dieron en el tránsito del paganismo al cristianismo. En este contexto, a los obispos se les concede la facultad de ejercer justicia local, de ser testigos de la manumisión de esclavos, y a las

⁷³⁶ HILTON, J. L. (2019). Cnemon, Crispus, and the Marriage Laws of Constantine in the *Aethiopica* of Heliodorus. *Greek, Roman, and Byzantine Studies*, 59(3), p. 457.

⁷³⁷ CATALÁN, *op. cit.*, p. 404.

⁷³⁸ BELDA MERCADO, J. (2021). La sucesión contractual en el Derecho romano vulgar: los pactos sucesorios. *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo* (p. 142). Madrid: Agenda Estatal Boletín Oficial del Estado.

iglesias ser sede oficial de este acto jurídico, lo que hace que *manu-missio in ecclesia* se haga cada vez más frecuente, otorgando también la completa ciudadanía al liberto. Desde una perspectiva moderna resulta extraña. Sin embargo, cabe considerar que desde el siglo III d. C. Ubiña (2009) nota que con las crisis de las curias y de las magistraturas municipales

el consiguiente vacío de poder propició que el clero cristiano —en particular los obispos— asumiera el liderazgo de las comunidades locales y lograra cohesionarlas mediante su intensa labor de caridad y patrocinio. De esta manera, la ciudad clásica, que siempre fue el almacén del imperio, perdió poco a poco su vitalidad política para ir convirtiéndose a lo largo del siglo IV en una ciudad episcopal.⁷³⁹

Y sobre todo,

Fuese o no de manera premeditada, Constantino se forjó de este modo una aureola carismática que lo dotaba de una autoridad sobrenatural no solo como cabeza del Estado, sino también al frente de la Iglesia. El cristianismo no había conocido nada similar desde el tiempo de los Apóstoles. Por eso, en un principio solo pudo asimilarlo doctrinalmente considerando al emperador “obispo general” (VC, 1, 44), “obispo de los de fuera” (VC, 4, 24) y, con más propiedad todavía, *isapóstolos* (igual a los apóstoles), título éste que sería escenificado públicamente cuando a Constantino se le enterró en medio de doce cenotafios, que supuestamente pertenecían a los doce apóstoles, en el mausoleo o basílica constantinopolitana del mismo nombre.⁷⁴⁰

Por esta razón, Ubiña (2009) subraya, Constantino concede el rango de ley a las sentencias de los obispos dictadas en los sínodos.

⁷³⁹ UBIÑA, *op. cit.*, pp. 83-84.

⁷⁴⁰ UBIÑA, *op. cit.*, p. 86.

En esa línea, el reconocimiento de la *audientia episcopalis* convierte a los obispos en el principal órgano judicial del Imperio.⁷⁴¹ Y por medio de la Constitución sirmondiana 1 establece

*quelqu'un ayant un litige comme défendeur ou comme demandeur, soit au début de la procédure, soit au cours de son déroulement, soit lorsque la plaidoirie touche à sa fin, soit lorsque la sentence a déjà commencé à être énoncée, si cette personne a choisi de s'en référer au jugement du représentant de la sacro-sainte Loi, immédiatement, sans hésitation aucune, et même si la partie adverse s'y oppose, les parties en litige sont à diriger vers l'évêque.*⁷⁴²

De esta manera, al obispo se le otorga una jurisdicción *inter nolentes*, que desborda por tanto los límites tradicionales del arbitraje *inter volentes* (Dig. 4, 8, 11, 4).⁷⁴³ Para Drake esto comporta “insuflar un poco de justicia en el corrupto y clasista sistema jurídico romano, valiéndose del prestigio social de los obispos y de su implantación en toda la geografía del Imperio”.⁷⁴⁴

Por último, teniendo en cuenta lo expuesto ¿cuál es la política legislativa con los herejes y los paganos? Nuevamente conviene considerar que la finalidad de Constantino es forjar la unidad del Imperio, que no se entiende sin la unidad religiosa. En este tema su política es pragmática. Sin embargo, no hay que confundir su gobierno con el de Teodosio ni con el de Justiniano I. Examinemos primero la cuestión de los herejes para luego observar lo que sucede con los paganos.

⁷⁴¹ HUCKER, O. (2009). Sur quelques textes “absents” du Code Théodosien: le titre CTh I, 27 et la question du régime juridique de l’audience épiscopale. *Le Code théodosien: diversité des approches et nouvelles perspectives* (pp. 49-53). Roma.

⁷⁴² HUCK, nota 23 en cita 47.

⁷⁴³ UBIÑA, *op. cit.*, pp. 98-99.

⁷⁴⁴ Citado en UBIÑA, *op. cit.*, p. 99.

Con relación al primer asunto, de acuerdo a

su recién inaugurada política de tolerancia religiosa, Constantino acometió la crisis donatista en África con el ánimo irénico que le inspiraba el reciente edicto promulgado por Galerio en 311, cosechando desastrosos resultados al creer que una suma de dinero y la restitución de unas cuantas propiedades sellarían las desavenencias que la elección de Ceciliano al frente de la sede cartaginesa había suscitado.⁷⁴⁵

El conflicto terminará después de la muerte de Constantino con la intervención de San Agustín en la Conferencia de Cartago (411),⁷⁴⁶ en la cual los donatistas son obligados a integrarse a la unidad de la fe bajo pena de ser confiscados sus bienes.⁷⁴⁷

En cuanto a los paganos, ya notamos que no hubo de parte de Constantino una persecución. Ahora bien, con relación a los templos paganos, Begoña Enjuto Sánchez (2000) sostiene, por ejemplo, que es una opinión generalizada entre los historiadores, partiendo de la información de Libanio y apoyándose en dos decretos de los

⁷⁴⁵ LÓPEZ. A. A. (2021). Libertad religiosa y libertad del acto de fe: el arbitraje de Constantino en los primeros conflictos cristianos de su tiempo (311-324). *Espacio, tiempo y forma. Serie II, Historia antigua*, (34), p. 249.

⁷⁴⁶ “En la Conferencia Ecuménica de Cartago del año 411 confluyen dos modos de entender la Iglesia. El católico, cuyo enfoque será el propio de una Iglesia de los Padres: una Iglesia flexible, abierta, plural, enriquecida con elementos escriturísticos, patrísticos, históricos y dialécticos. Y el donatista, anclado en la Iglesia de los mártires: una Iglesia inflexible, cerrada, integrista y rigorista a ultranza, es decir, opuesta a cualquier atisbo de novedad.” LANGA AGUILAR, P. (2000). San Cipriano en la eclesiología de san Agustín contra los donatistas. *Teología y Catequesis*, (75), p. 33.

⁷⁴⁷ GARCÍA ÁLVAREZ, C. (2012). San Agustín ante el Imperio de Oriente: historia y creencia. *Byzantion nea hellás*, (31), pp. 169-188.

Augustos Constancio II y Constante, que la confiscación de las tierras pertenecientes a los templos paganos “vendría motivada por la necesidad que el emperador tenía de adquirir una mayor cantidad de ingresos para poder llevar a cabo su proyecto político, en el que se incluía la creación de una nueva capital para el imperio: Constantinopla”.⁷⁴⁸ Por eso, “las afirmaciones de autores posteriores referentes a la destrucción de templos por un edicto de Constantino, parecen no ser sino testimonios tardíos que interpretan erróneamente la información suministrada por Eusebio”.⁷⁴⁹

VI. Reconsiderando la figura de Constantino el Grande

En resumen, en este trabajo hemos intentado mostrar la importancia de Constantino como primer emperador cristiano con los claroscuros que presentan su vida y su obra, lo cual no deja de exponer su importancia como gobernante y legislador, como se observa en la legislación posterior a él, particularmente en Teodosio y Justiniano I. Al respecto, conviene recordar lo escrito por Schmitt (2009): “La paz mundial del emperador Augusto, que Eusebio glorifica, no acabó con los horrores de las guerras y de las guerras civiles. La paz mundial de Constantino el Grande tampoco duró mucho tiempo”.⁷⁵⁰ Por eso, si para la época fue un avance en la política de los emperadores romanos hacia el cristianismo, esto no careció de tensiones. Con todo se puede afirmar que —en términos

⁷⁴⁸ SÁNCHEZ, B. E. (2000). Las disposiciones judiciales de Constantino y Juliano a propósito de las tierras de los templos paganos. *Gerión*, (18), p. 411.

⁷⁴⁹ MEDINA, *op. cit.*, p. 232.

⁷⁵⁰ SCHMITT, *op. cit.*, p. 110.

generales— su imperio fue beneficioso. Y si bien no puede aceptarse sin crítica el elogio de Eusebio y de otros autores posteriores que hacen de él, el juicio sobre su gobierno le es favorable.

VII. Referencias bibliográficas

ACERBI, S. (2016). El obispo y los concilios. En J. A. GÓMEZ CALVO, S. ACERBI, M.

MARCOS y J. TORRES (Eds.). *El obispo en la Antigüedad tardía. Homenaje a Ramón Teja* (p. 58). Madrid: Trotta.

ÁLVAREZ, M. B. y SCONDA, M. V. (2021). El matrimonio romano: definición de elementos y requisitos y su recepción en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en la Ley 2393 de Matrimonio Civil. El matrimonio igualitario. Conflictos actuales. *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

ARIFI, A. (2017). Caesaropapism of Constantine the Great and today's reflection. *Academic Journal of Business*, 3(1), p. 283.

BALBUENA, F. A. (2019). Los oscuros orígenes del reino de Asturias, de la batalla de Covadonga a la Reconquista. *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, 3(2), p. 336.

BALMACEDA, C. (2020). Constantino emperador cristiano—emperador romano. *Teología y vida*, 61(2), p. 151.

BELDA MERCADO, J. (2021). La sucesión contractual en el Derecho romano vulgar: los pactos sucesorios. *Fundamentos romanís-*

ticos del derecho contemporáneo (p. 142). Madrid: Agenda Estatal Boletín Oficial del Estado.

BUENACASA PÉREZ, C. (2024). La “conversión” de Constantino I y su aproximación al cristianismo. En J. A. T. ERRAZQUINE (Ed.). *Cristianismo y mundo romano: V y VI Ciclos de conferencias sobre el Mundo Clásico* (p. 163). Lejona: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco.

CATALÁN, E. M. (2020). Matrimonios ilegales, inexistentes o nulos, desde la legislación matrimonial de Augusto hasta Constantino I. *Revista de Derecho UNED*, (26), pp. 397-398.

CINER, P. A. (2013, 17-19 de septiembre). *El legado de Orígenes a la teología cristiana contemporánea*. Jornadas Diálogos Literatura, Estética y Teología. La libertad del Espíritu, Universidad Católica Argentina.

CORTÉS, F. J. (2018). La legitimación cristiana de la dinastía constantiniana. *Palabra y Razón*, (14), p. 86.

DE CESÁREA, E. (1994). *Vida de Constantino* (p. 10). Introducción, traducción y notas de Martín Gurruchaga. Gredos: Madrid.

DE CESÁREA, E. (1973). *Historia eclesiástica* (pp. 17-20). Texto, versión española, introducción y notas por A. Velasco-Delgado. Gredos: Madrid.

DOMENE, B. C. (2011). San Agustín y los donatistas. *Ecclesia*, 25(4), p. 474.

DOMINGO, R. (1989). *La legislación matrimonial de Constantino*. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra.

- GARCÍA ÁLVAREZ, C. (2012). San Agustín ante el Imperio de Oriente: historia y creencia. *Byzantion nea hellás*, (31), pp. 169-188.
- GEANAKOPLOS, D. J. (1966). Church Building and Caesaropapism, AD 312-565. *Greek, Roman, and Byzantine Studies*, 7(2), p. 174.
- GERHOLD, V. (2013). Constantino I y la santidad imperial: construcción y rol político de la figura de “San Constantino”. *Byzantion Nea Hellás*, (32), pp. 185-205.
- GRIEG, L. y KELLY, G. (Eds.) (2012). *Two Romes: Rome and Constantinople in late antiquity*. Oxford: Oxford University Press.
- GODDARD, C. J. (2002). Les formes festives de l’allégeance au Prince en Italie centrale, sous le règne de Constantin: un suicide religieux? *Mélanges de l’école française de Rome*, 114(2), p. 1047.
- HEKSTER, O. J. (2000). The city of Rome in late imperial ideology: The Tetrarchs, Maxentius, and Constantine. *Mediterraneo Antico*, 2(2), p. 20.
- HILTON, J. L. (2019). Cnemon, Crispus, and the Marriage Laws of Constantine in the Aethiopica of Heliodorus. *Greek, Roman, and Byzantine Studies*, 59(3), p. 457.
- HUBENÁK, F. (2011). La construcción del mito de Constantino a partir de Eusebio de Cesárea. *Polis. Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad*, (23), p. 66.
- HUBENÁK, F. (2019). La tetarquía y su teología política: sus implicaciones en las relaciones iglesia-imperio. *Revista Española de Derecho Canónico*, 76(187), p. 659.

- HUCKER, O. (2009). Sur quelques textes “absents” du Code Théodosien: le titre CTh I, 27 et la question du régime juridique de l’audience épiscopale. *Le Code théodosien: diversité des approches et nouvelles perspectives* (pp. 49-53). Roma.
- LANGA AGUILAR, P. (2000). San Cipriano en la eclesiología de san Agustín contra los donatistas. *Teología y Catequesis*, (75), p. 33.
- LE GOLF, J. (2016). *¿Realmente es necesario cortar la historia en rebanadas?* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- LÓPEZ, E. D. (2004). La impotencia en las *leges iulia et papia poppaea*. *El derecho de familia: de Roma al derecho actual*. Huelva: Universidad de Huelva.
- LÓPEZ, A. A. (2021). Libertad religiosa y libertad del acto de fe: el arbitraje de Constantino en los primeros conflictos cristianos de su tiempo (311-324). *Espacio, tiempo y forma. Serie II, Historia antigua*, (34), p. 249.
- MARAVALL, P. (2013). La religión de Constantino. *Anuario de Historia de la Iglesia*, (22), p. 19.
- MAREK, R. (2016). Caesaropapism and the Reality of the 4th–5th Century Roman Empire. *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, (9), p. 2.
- MARTÍNEZ, J. M. B. (1974). Constantino el Grande y la Iglesia. *Jano: Medicina y humanidades*, (109), p. 80.
- MEDINA, M. P. (1996). Sobre la prohibición de sacrificios por Constantino. *Florentia Iliberritana*, (7), p. 233.

- MORALES, X. (2023). What did Constantine learn in 325? Constantine's theological declarations before, at and after Nicaea. *Anuario de historia de la Iglesia*, (32), p. 186.
- NIXON, Ch. y SAILOR RODGERS (Eds.) (1994). *In praise of later Roman emperors: the Panegyrici Latini*. Vol. 21. California: University of California Press.
- ORTÍN GARCÍA, C. (2021). Edad, matrimonio y *Lex Iulia et Papia Poppaea* (p. 907). *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- PAÑO, M. V. E. (2002). La primera visión de Constantino (310). *Codex aquilarensis: Cuadernos de investigación del Monasterio de Santa María la Real*, (18), p. 271.
- PREISER-KAPPELLER, J. (2024). A Christian Roman Empire? Byzantium between Imperial Monotheism and Religious Multiplicity, Fourth to Ninth Century CE (and Beyond). *Empires and Gods: The Role of Religions in Imperial History*, (1), p. 185.
- RODRÍGUEZ DE LA PEÑA, M. A. (2013). El Edicto de Milán y la realeza imperial constantiniana. *Nueva revista de política, cultura y arte*, (145), p. 237.
- SÁNCHEZ, B. E. (2000). Las disposiciones judiciales de Constantino y Juliano a propósito de las tierras de los templos paganos. *Gerión*, (18), p. 411.
- SARADI-MENDELOVICI, H. (1990). Christian attitudes toward pagan monuments in Late Antiquity and their legacy in later Byzantine centuries. *Dumbarton Oaks Papers*, (44), p. 48.

- SCHMITT, C. (2009). *Teología política*. Traducción de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Madrid: Trotta.
- SOTO AYALA, R. A. (2013). Cristianismo y teoría política bizantina. *Byzantion nea hellás*, (32), p 212.
- SUÁREZ, F. (1977). *Reflexiones sobre la historia y sobre el método de la investigación histórica*. Rialp: Madrid.
- TEJA, R. (2006). Iglesia y poder: el mito de Constantino y el papado romano. *Actas y comunicaciones del Instituto de Historia Antigua y Medieval*, 2.
- TEJA, R. y ACERBI, S. (2023). El Concilio de Nicea y los inicios de una nueva relación entre el poder imperial y la jerarquía eclesiástica. *Anuario de historia de la Iglesia*, (32), p. 50.
- UBIÑA, J. F. (2009). Privilegios episcopales y genealogía de la intolerancia cristiana en época de Constantino. *Pyrenae*, 83.
- VASIELIEV, A. A. (1946). *Historia del Imperio bizantino* (p. 81). Barcelona: Joaquín Gil.
- WARE, C. (2014). The Severitas of Constantine: imperial virtues in Panegyrici Latini 7 (6) and 6 (7). *Journal of Late antiquity*, 7(1), pp. 86-109.
- WEBER, M. (2002). *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*. Edición preparada por Johannes Winckelmann. Nota introductoria de José Medina Echevarría. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

WIENAND, J. (2015). *Contested monarchy: integrating the Roman Empire in the fourth century AD*. Oxford: Oxford University Press.

La importancia de las formaciones precívicas en la conformación del poder. El caso de la *gens* en Roma

Por Patricia S. Mora⁷⁵¹

Antes de la existencia de un Estado propiamente tal, o al menos en el marco de la justificación de sus orígenes, se sostiene que los hombres se organizaban en núcleos familiares independientes entre sí, donde el varón, en su calidad de padre y jefe, ejercía la autoridad máxima.

⁷⁵¹ Abogada. Contadora Pública Nacional (Universidad de Buenos Aires). Magister en Fundamentos del Derecho y Tecnologías Disruptivas (Universidad Carlos III, España). Doctoranda en Derecho (Universidad del Salvador). Profesora de Derecho Romano (Universidad de Buenos Aires), Derecho Constitucional y Derecho Romano (Universidad Kennedy y Universidad Abierta Interamericana) y Derecho Administrativo (Universidad Abierta Interamericana). Profesora de la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación en materias de Derecho Público. Ponencia presentada en el marco del Proyecto de Investigación Universidad Kennedy "Sobre la libertad y sus límites. Un recorrido desde la antigüedad hasta el paradigma de las tecnologías disruptivas".

Afirma Lapierre (1959) que “la experiencia social más rudimentaria nos confirma suficientemente que formar parte de un grupo cualquiera implica la sumisión a un poder. Tal es, en su generalidad, el hecho social del poder”⁷⁵². Formamos parte de pluralidad de grupos sociales y somos portadores de pluralidad de estatus y roles.⁷⁵³ Pertenecer a un grupo social, según Ogburn y Nimkoff (1961),

es reconocer, en efecto, que este grupo puede exigirnos ciertos actos, una conducta de acuerdo con los fines que puede fijarse a nuestros deseos, ciertos límites y prescribir a nuestras actividades ciertas formas. Y cada uno de aquellos que formen parte del grupo debe aceptar estas exigencias, cumplir los esfuerzos y sacrificios, respetar estos límites y formas, bajo pena de ver roto su vínculo social. Tal es el poder del grupo, y, correlativamente, el deber de sus miembros.⁷⁵⁴

Niebuhr, Mommsen, Ihering, Maine, Fustel de Coulanges y tantos otros contemporáneos alcanzan un punto de encuentro respecto a que la primera formación del futuro ordenamiento estatal había sido la *gens*, en un historicismo de connotaciones evolucionistas, la que pasaría a una compleja agregación tribal de pseudo tipo parental para derivar en la ciudad, como exponente de la revolución urbana occidental.

No obstante, hay que tener en cuenta la advertencia de De Francisci (1955), el peligro de una reconstrucción histórica de las estructuras sociales primitivas, tomando como base sin más los ordenamientos que las estructuras o los grupos que los forman

⁷⁵² LAPIERRE, J. (1959). *Le pouvoir politique* (p. 9). París: Presses universitaires de France.

⁷⁵³ PARSONS, T. (1952). *The social system* (pp. 26-27, 39-41, 97-99, 258 y ss). Londres: Routledge

⁷⁵⁴ OGBURN, W. F. y NIMKOFF, M. F. (1961). *Sociología*. Madrid: Aguilar, p. 153.

presentan varios siglos después. Estos grupos o instituciones que aparecen en época histórica, generalmente, no son más que residuos de las instituciones primitivas y, por tanto, deben ser objeto de un análisis cauteloso al pretender tomarlo de base para alcanzar la naturaleza originaria de las instituciones.⁷⁵⁵

La existencia de la *gens*, que ha dejado rastro en el derecho romano, resulta indiscutible. Fustel de Coulanges, en su obra *La ciudad antigua* (1864), aborda el concepto de la *gens* en Roma como una unidad fundamental de la sociedad. La *gens*, que se puede traducir como “clan” o “familia ampliada”, era un grupo de personas que compartían un ancestro común y un nombre. Este grupo no solo era importante en términos de parentesco, sino que también desempeñaba un papel clave en la vida política y religiosa de Roma.⁷⁵⁶

Este autor destaca que la *gens* era una entidad con derechos y obligaciones, y sus miembros estaban unidos por un sentido de lealtad y responsabilidad mutua. Las *gens* tenían su propio culto religioso y rituales, lo que reforzaba su cohesión, y es para este autor en virtud de la religión como se conforma la unidad y, con ella, la ciudad.

Sobre el aspecto religioso, y en torno a su extrema importancia

⁷⁵⁵ DE FRANCISCI, P. (1955). La comunità politica e sociale romana primitiva. *Relazioni del X Congresso Internazionale di Scienze Storiche II* (pp. 63 y ss.). Firenze: Sansoni.

⁷⁵⁶ La naturaleza política de la *gens* ha sido defendida por numerosos investigadores con argumentos convincentes; así, BONFANTE, P. (1918). *Res Mancipi e nec Mancipi. Scritti II. La gens e la familia*, pp108 y ss.). Turín: Unione Tipografico Editrice Torinese; DE FRANCISCI, P. (1941). *Storia del diritto romano I* (pp. 138 y ss.). Roma: Giuffré; FREZZA, (1947). La costituzione romana e il problema degli ordenamenti giuridici presistenti. *Scritti in onore di G. Ferrini* (pp. 284 y ss.). Milán; DE MARTINO, F. (1958). *Storia della costituzione romana I*. Nápoles: Jovene.

para la pertenencia, Fustel de Coulanges (2003) desarrolla un rango enriquecedor para comprender la teoría de las diferencias de clases y la posterior conformación del *populus* romano.⁷⁵⁷

Cicerón (Top. 29) nos define: “Los gentiles entre sí son los que comparten el mismo *nomen*”; “Los que nacen de ciudadanos nacidos libres”; “De cuyos antepasados nadie ha servido en esclavitud”; “Que no han sufrido *capitis diminutio*”; “Porque veo que el pontífice Scaevola no ha añadido nada a esta definición”.⁷⁵⁸

Además, el sistema de relaciones de parentesco dentro de la *gens* influía en la estructura social y política de Roma, ya que los clanes podían formar alianzas y competir entre sí. En la Roma primitiva, la *gens* y el territorio estaban intrínsecamente ligados, influyendo en la organización social, los derechos de propiedad y la identidad colectiva de sus miembros.

Guarino (1975) también argumenta que la *gens* sentó las bases para la estructura del Estado. A medida que las *gens* se consolidaban y establecían relaciones entre sí, se formaron alianzas y estructuras

⁷⁵⁷ FUSTEL DE COULANGES, N. (2003). *La ciudad antigua: Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*. Estudio preliminar de D. Moreno. México: Porrúa. *La ciudad antigua* es un estudio fundamental sobre las instituciones, el culto y el derecho en las sociedades griega y romana. El texto es conocido por su análisis profundo de cómo la religión y el hogar estaban interrelacionados en las ciudades antiguas y cómo estos elementos influenciaron las instituciones políticas y sociales. El estudio preliminar de Daniel Moreno en la XIII edición de 2003 ofrece contexto adicional y una visión moderna sobre la relevancia de las ideas de Coulanges en el estudio de la historia antigua.

⁷⁵⁸ *itemque [ut illud – sc. hereditas]: gentiles sunt inter se qui eodem nomine sunt. non est satis. qui ab ingenuis oriundi sunt. ne id quidem satis est. quorum maiorum nemo seruitutem seruiuit. abest etiam nunc. qui capite non sunt diminuti. Hoc fortasse satis est. nihil enim uideo Scaeuolam pontificem ad hanc definitionem addidisse.*

políticas más complejas que eventualmente dieron lugar a la formación del Estado romano.⁷⁵⁹

En idéntico sentido, y bajo el conjunto de las teorías que podríamos denominar soberanistas, De Martino (1997) examina cómo la *gens* funcionaba como una unidad social básica, que no solo agrupaba a individuos por parentesco, sino que también desempeñaba un papel crucial en la organización política y económica.⁷⁶⁰

Sobre el elemento económico como factor determinante, parte de la doctrina señala que los grupos familiares independientes, en principio, se relacionan cuando uno de ellos, superior por poder y riqueza, se eleva sobre los otros inventando relaciones de parentesco que conducen a la formación de una clase noble distinguida del resto de la población. Para esta teoría, en el caso concreto de la sociedad romana, la *gens* se habría formado al compás de la diferenciación de las clases sociales. Adhieren entre otros a esta tesis De Sanctis (1907) y Arangio Ruiz (1913).⁷⁶¹

Lo cierto es que las diversas teorías pueden entrelazarse, y a partir de sus elementos diferenciadores, constituir una base para la conformación de una idea de la importancia de las formaciones precívicas en la conformación del poder y su posterior desarrollo en instituciones que hoy llamaríamos constitucionales, al menos en Occidente.

A su turno, la teoría política de la familia encuentra sus orígenes mediatos en los planteamientos de Gianbattista Vico (1941) y su *Ciencia Nueva*, quien, a fin de establecer los orígenes del Estado y por contraposición a las teorías contractualistas tan en boga en su

⁷⁵⁹ GUARINO, A. (1975). *La rivoluzione della plebe*. Nápoles: Liguori.

⁷⁶⁰ DE MARTINO, F. (1997). La gens, lo stato e le classe in Roma antica. *Diritto Economia e società nel mondo romano*. Nápoles: Jovene.

⁷⁶¹ DE SANCTIS, G. (1907). *Storia dei Romani I* (p. 229 y ss.). Milán: Bocca; ARANGIO-RUIZ, V. (1913-14). Le genti e la cita. *Annuario Univ. di Messina*. Messina: Univ. di Messina.

siglo, plantea la existencia de la autoridad pública como una construcción social progresiva. Según sus ideas, antes de la existencia de un Estado propiamente tal los hombres se organizaban en núcleos familiares independientes entre sí donde el varón, en su calidad de padre y jefe, ejercía la autoridad máxima de manera despótica, a la manera de los ogros de las leyendas, siendo Polifemo y los cíclopes el reflejo legendario de esta era. Gradualmente, según la cercanía geográfica, las necesidades de defensa y los vínculos de afinidad fueron uniendo a los padres en comunidades mayores. Se habría formado un Estado en un principio con muy pocas facultades respecto a las comunidades familiares, pero que lentamente, y en especial gracias a las revueltas plebeyas, fue adquiriendo todo el poder primitivamente vinculado a los padres.⁷⁶²

Capogrossi Colognesi (2020) también adhiere a que la *gens* contribuyó a la formación de las bases del derecho romano. Señala el autor que las normas y costumbres que regían las interacciones dentro de ésta influyeron en el desarrollo de principios legales más amplios.⁷⁶³ Si bien, en relación a la evolución romana, formula una crítica a la conformación de Roma y la utilización para tal fin del término “ciudad-Estado” que venía desarrollándose desde Mommsen, lo cierto es que no encuentra mayor riesgo en la medida que se limite a genérica presencia de una estructura político-militar con validez territorial y con capacidad de autogobierno.

Niebuhr ve en la familia a un grupo basado en el vínculo de sangre, pero considera la *gens* como una división artificial de las antiguas curias, división llevada a cabo por la *civitas*, negando así la preexistencia de las gentes a la *civitas*, o lo que es lo mismo, negando que la *civitas*

⁷⁶² VICO G. (1941), *Principios de una ciencia nueva en torno a la naturaleza común de las naciones*. México: El Colegio de México.

⁷⁶³ CAPOGROSSI COLOGNESI, L. (2020). *Storia di Roma tra diritto e potere La formazione di un ordinamento giuridico*. Bologna: Il Mulino.

tuviera su origen en la agrupación de varias gentes. Según esta idea, las gentes serían subdivisiones artificiales de la ciudad en dependencia de las tribus y de las curias. A esta teoría, tomando como base la estructura religiosa y la conformación de la clientela se oponen férreamente Fustel de Coulanges y Vico.

Meyer, en contraposición a Mommsen, niega que el Estado griego y la *civitas* romana tuvieran su origen en la agrupación de gentes. El Estado es el organismo más primitivo y los consorcios gentilicios y la familia no fueron para este autor estructuras independientes sino subdivisiones del Estado. El Estado no surgió de ellos, sino más bien, ellos fueron creados por obra del Estado. Para este autor, la humanidad primitiva presenta la existencia de muchos grupos sociales que se superponen o se entrecruzan. La posesión de un territorio delimitado no es un elemento necesario del concepto de Estado, sino otros elementos como la realización del orden jurídico, la organización militar y política y, sobre todo, la conciencia de perpetuidad del grupo. Señala que los grupos primitivos no serían en su origen otra cosa que la horda que asumiría el carácter de lo que hoy denominamos Estado, y luego se encontrarían Estados nacionales fundados sobre la unidad étnica de un pueblo. Un proceso de fraccionamiento en el interior de estos Estados habría conducido a la constitución de ciudades-Estado y dentro de ellos a las gentes.⁷⁶⁴

No obstante, y tomando las precauciones de esta advertencia, encontramos que dice Séneca (Ep., 5, 47, 14) que la familia es una república en pequeño, en la que el *pater familias* ostenta un *imperium domesticum* comparable al *imperium* del magistrado.

En torno a la teoría que relaciona a la *gens* con una verdadera institución política, De Ruggiero, en la obra *La Gens in Roma* (1872),

⁷⁶⁴ ROLDÁN HERVAS, J. (1978). La comunidad romana primitiva, la clientela y la plebe. *Memorias de historia antigua*, (2), pp. 19-39. <https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/ARTREV/2027024>.

concluye que ésta es una institución soberana que va a ser absorbida por la comunidad romana, la *civitas*, para desaparecer y transformarse en un mero instituto privado. Para este autor, la evolución y transformación irá de la mano de la tribu y el instituto de la ciudadanía constituirá el elemento clave de unificación.⁷⁶⁵

Pero volviendo a las teorías políticas y evolucionistas, alguna de ellas con base religiosa, retomamos la posición de Vico y Fustel de Coulange en torno a la primitiva *gens*, la clientela y el origen de los plebeyos.

En este sentido, se afirma que ningún extraño podía ser admitido en la *gens*, a excepción de la clientela, que dependía del *patergens*. El hogar la protegía.⁷⁶⁶ Existió un verdadero lazo de derecho entre la *gens* y la clientela que se llamó *gentilitas*, y así encontramos la palabra *gentilitatis* en Cicerón, *De Oratore*, I. 39.

Por otra parte, la *gens* reconoce un antepasado común al que se le rinde culto y tributar este culto a un extraño constituye una verdadera impiedad.⁷⁶⁷ La clientela es un lazo sagrado que la religión

⁷⁶⁵ Afirma LABRUNA, L. (1999). *Civitas quae est constitutio populi e altri studi di storia costituzionale romana*. Nápoles: Jovene que “la civitas si fonda sull’interdipendenza di tre partes: rex prima e poi magistrati, senato e popolo. L’organizzazione e i meccanismi di funzionamento di queste partes pongono le basi della crescita stessa della res publica. Dunque si può affermare che la cittadinanza fonda e struttura l’ordinamento dello Stato”.

⁷⁶⁶ Existió un verdadero lazo de derecho entre la *gens* y la clientela que se llamó *gentilitas*, y así encontramos la palabra *gentilitatis* en Cicerón, *De Oratore*, I. 39.

⁷⁶⁷ FUSTEL DE COULANGES, N. (1997). *La ciudad antigua* (pp. 96-107). Libro II, Cap. X. Buenos Aires: Práxis Jurídica. Cicerón menciona un proceso debatido en su tiempo entre los Claudios y los Marcelos. Los primeros, a título de jefes de la *gens* Claudia, pretendían en virtud del derecho antiguo que los Marcelos eran sus clientes. En vano ocupaban éstos, durante dos siglos, el primer rango en el Estado: los Claudios seguían sosteniendo que el lazo de la clientela no habían

formó y que nada puede romper, serán los servidores de la *gens* que no la abandonan y estarán unidos, dice Fustel de Coulanges, como si fuera hereditariamente a ella.

Una vez cliente de una familia, ya no es posible separarse de ella. La clientela de esos tiempos primitivos no fue una relación pasajera y voluntaria entre dos hombres, sino que fue hereditaria. Se era cliente por deber, de padres a hijos, por el sencillo hecho de permitírseles la participación en el culto familiar, la sepultura y la protección de los *lares*.

Han llegado hasta nosotros dos testimonios que avalan lo dicho: uno por conducto de Plutarco, otro por medio de Cicerón. Plutarco nos recuerda que Herennio, llamado como testigo contra Mario, alega que es contrario a las reglas antiguas que un patrono deponga contra su cliente, como causase aparente sorpresa que Mario fuese calificado de cliente habiendo sido ya tribuno. Añadió que, en efecto, "Mario y su familia eran de muy antiguo clientes de la familia de Herennio". Mario lo había olvidado, pero los Herennios lo recordaban. Los jueces admitieron la excusa, pero Mario, que no se resignaba a quedar reducido a esta situación, replicó que el día en que se le había elegido para una magistratura había quedado libre de la clientela. Esto no era completamente cierto, añade el historiador, pues no todas las magistraturas eximían de la condición de cliente: solo las magistraturas curules gozaban de este privilegio (Plutarco, *Vida de Mario*, 5). Este episodio da cuenta de la importancia de aquellos lazos frente a la organización política de la misma *respublicae*.

Originariamente no podían fundirse dos *gens*, ya que su religión se lo impedía. Cada *gens* tiene un jefe, como la *civitas* tendrá oportunamente un *rex*. Los autores evolucionistas sostienen también la teoría del matrimonio endogámico, debido a que era imposible en

podido romperlo. Estos dos hechos, salvados del olvido, nos permiten juzgar sobre lo que era la primitiva clientela.

los orígenes abandonar para la mujer la religión de la *gens*. Sobre este particular, enfáticamente se opone a esta teoría Engels, quien señala el error en concluir de tal manera, al menos Mommsen, como “un ejemplo de la confusión que aún reina hoy en lo relativo a la organización de la *gens* romana entre nuestros más famosos historiadores”.⁷⁶⁸

⁷⁶⁸ A su turno, este autor señala: “Por lo menos en los primeros tiempos de la ciudad, la *gens* romana tenía la constitución siguiente: 1. El derecho hereditario recíproco de los gentiles; los bienes quedaban siempre dentro de la *gens*. Como el derecho paterno imperaba ya en la *gens* romana, lo mismo que en la griega, estaban excluidos de la herencia los descendientes por línea femenina. Según la Ley de las Doce Tablas, el monumento del derecho romano más antiguo que conocemos, los hijos heredaban en primer término, en calidad de herederos directos; de no haber hijos, heredaban los agnados (parientes por línea masculina); y faltando éstos, los gentiles. Los bienes no salían de la *gens* en ningún caso. Aquí vemos la gradual introducción de disposiciones legales nuevas en las costumbres de la *gens*, disposiciones engendradas por el acrecentamiento de la riqueza y por la monogamia; el derecho hereditario, primitivamente igual entre los miembros de una *gens*, limitase al principio (y en un período muy temprano, como hemos dicho más arriba) a los agnados y, por último, a los hijos y a sus descendientes por línea masculina. En las Doce Tablas, como es natural, este orden parece invertido; 2. La posesión de un lugar de sepultura común. La *gens* patricia Claudia, al emigrar de Regilo a Roma, recibió en la ciudad misma, además del área de tierra que le fue señalada, un lugar de sepultura común. Incluso en tiempos de Augusto, la cabeza de Varo, muerto en la selva de Teutoburgo, fue llevada a Roma y enterrada en el túmulo gentilicio; por tanto, su *gens* (la Quintilia) aún tenía una sepultura particular; 3. Las solemnidades religiosas comunes. Éstas llevaban el nombre de “*sacra gentilitia*” y son bien conocidas; 4. La obligación de no casarse dentro de la *gens*. Aun cuando esto no parece haberse transformado nunca en Roma en una ley escrita, sin embargo, persistió la costumbre. Entre el inmenso número de parejas conyugales romanas cuyos nombres han llegado hasta nosotros, ni una sola tiene el mismo nombre gentilicio para el hombre y para la mujer. Esta regla es también

A su vez, el *pater gens* imparte sus normas, que no están escritas

demostrada por el derecho hereditario. La mujer pierde sus derechos agnaticios al casarse, sale fuera de su *gens*; ni ella ni sus hijos pueden heredar de su padre o de los hermanos de éste, puesto que de otro modo la *gens* paterna perdería esa parte de la herencia. Esta regla no tiene sentido sino en el supuesto de que la mujer no pueda casarse con ningún gentil suyo; 5. La posesión de la tierra en común. Ésta existió siempre en los tiempos primitivos, desde que se comenzó a repartir el territorio de la tribu. En las tribus latinas encontramos el suelo poseído parte por la tribu, parte por la *gens*, parte por casas que en aquella época difícilmente podían ser aún familias individuales. Se atribuye a Rómulo el primer reparto de tierra entre los individuos, a razón de dos "*jugera*" (como una hectárea). Sin embargo, más tarde encontramos aún tierra en manos de las *gens*, sin hablar de las tierras del Estado, en torno a las cuales gira toda la historia interior de la república; 6. La obligación de los miembros de la *gens* de prestarse mutuamente socorro y asistencia. La historia escrita solo nos ofrece vestigio de esto; el Estado romano apareció en la escena desde el principio como una fuerza tan preponderante, que se atribuyó el derecho de protección contra las injurias. Cuando fue apresado Apio Claudio, llevó luto toda su *gens*, hasta sus enemigos personales. En tiempos de la segunda guerra púnica, las *gens* se asociaron para rescatar a sus miembros hechos prisioneros; el Senado se lo prohibió; 7. El derecho de llevar el nombre de la *gens*. Se mantuvo hasta los tiempos de los emperadores. Permitíase a los libertos tomar el nombre de la *gens* de su antiguo señor, sin otorgarles, sin embargo, los derechos de miembros de la misma; 8. El derecho a adoptar a extraños en la *gens*. Practicábase por la adopción en una familia (como entre los indios), lo cual traía consigo la admisión en la *gens*; 9. El derecho de elegir y deponer al jefe no se menciona en ninguna parte. Pero como en los primeros tiempos de Roma todos los puestos, comenzando por el rey, solo se obtenían por elección o por aclamación, y como los mismos sacerdotes de las *curias* eran elegidos por éstas, podemos admitir que el mismo orden regía en cuanto a los jefes ("príncipes") de las *gens*, aun cuando pudiera ser regla elegirlos de una misma familia" ENGELS F. (1884). *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*. Moscú: Editorial Progreso.

pero sí grabadas en la conciencia por la religión, así como imparte su justicia al interior.⁷⁶⁹ El derecho privado que se había forjado de esa forma, en un aislamiento, al interior de cada *gens*, subsistió durante mucho tiempo.⁷⁷⁰ Para Vico, la historia de las instituciones se corresponde con una historia de la naturaleza humana. La religión y el matrimonio originaron las primeras ideas humanas, limitando los impulsos salvajes de los cuerpos y dando origen a los movimientos voluntarios de los hombres.⁷⁷¹

⁷⁶⁹ “Finalmente, tras una larga época, los gigantes impíos, que habían permanecido en la infame comunidad de mujeres y cosas, en los riesgos que dicha comunidad provocaba, como señalan los jurisconsultos, los simples de Grocio, los desamparados de Pufendorf, para salvarse de los violentos de Hobbes (al igual que las fieras, afectadas de un extremado frío, buscan salvarse dentro de los lugares habitados) recurrieron a las aras de los fuertes; y entonces estos feroces, que ya estaban unidos en sociedades de familias, mataban a los violentos que habían violado sus tierras y recibían en protección a los miserables como a refugiados. Y además del heroísmo de naturaleza, por haber nacido de Júpiter, o sea, generados con los auspicios de Júpiter, arraigó en ellos principalmente el heroísmo de la virtud, en el que el romano destacó por su excelencia respecto a todos los demás pueblos de la tierra, basado precisamente sobre estas dos prácticas” VICO, G. (2002). *Principios de Ciencia Nueva*. Traducción de J. M. Bermudo y A. Camps. Barcelona: Ediciones Folio.

⁷⁷⁰ DE FRANCISCI, P. (1943). *Storia del Diritto Romano* (pp. 121 y ss.). III, I. Milán: Giuffré; DE FRANCISCI, P. “La comunità sociale e politica romana primitiva” *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (pp. 65 y ss.), 22, Firenze: Gozzini; DE FRANCISCI, P. (1968). “La formazione della comunità politica romana primitiva” *Sintesi storica del Diritto Romano* (19 y ss.). Roma.

⁷⁷¹ “La autoridad comenzó por ser divina, pues con ella la divinidad se apropió de los pocos gigantes a los que nos hemos referido al empujarlos hacia abajo y hacer que se escondiesen en las grutas de las laderas de los montes; lo que constituye las anillas de hierro con que los gigantes por temor al cielo y a Júpiter quedaron

No obstante, no podemos hablar concretamente de derecho privado sino más bien de un ámbito de privacidad que ningún órgano político superador regula.

Para Bonfante, la ciudad sería una suerte de órgano mediador entre los diferentes *patres*, que en un principio solo se ocuparía de normar las relaciones jurídicas surgidas entre estos grupos, constituyendo la ciudad antigua una suerte de confederación de familias unidas por la autoridad central, la que carecía de facultades para entrar a regular las relaciones internas de la familia. Según el autor, no fue sino a través de una larga evolución que la ciudad vino a proyectar su sombra dentro del entorno cerrado de la familia, a través de un proceso gradual que vino a culminar solo durante el final del Principado y que domina el Bajo Imperio, caracterizado por la magnitud ciclópea del Estado.

De conformidad al marxismo clásico, tanto el Estado como la familia son parte de la superestructura generada como apoyo ideológico a la estructura de producción de cada época. En este sentido, no podrá ser la familia el origen del Estado ni la ciudad una expresión agigantada de ésta toda vez que la configuración de ambas está en íntima relación con la organización de los medios de producción en cada época. Y dentro de la lógica trashumante que caracteriza la etapa nómada, se generará la *gens* como estructura para la explotación de la propiedad común o *ager gentilicium*, la que a su vez dejaría paso

encadenados, a la tierra en la que se encontraban dispersos por encima de los montes (...) de ahí que, los paralizados por el espanto pasaron a ser llamados por los latinos con frase heroica *terrore defixi*, y que los pintores los representaran encadenados de pies y manos con anillas en los montes" VICO, *op. cit.* En idéntico sentido, Hobbes sostiene, en el capítulo XII del Leviatán, que la semilla natural de la religión consiste en cuatro cosas: creencia en fantasmas, ignorancia de las causas segundas, devoción hacia lo temido por los hombres y asunción de cosas casuales como pronósticos.

a la familia agnaticia cuando la propiedad se hace privada y familiar, según el modelo de agricultura sedentaria termina por imponerse.

Por otra parte, existía en los primeros siglos un elemento de la población que se afirma estaba por debajo de los clientes, en la medida que nunca pudo conformar una *gens*. Se afirman diferentes teorías sobre el origen de los plebeyos, resultando sólida aquella que afirma que se fueron conformando de antiguas poblaciones conquistadas y sometidas, y que carecían de religión reconocible, por lo que para el romano primitivo se encontraban en situación de inferioridad. Para los plebeyos, en los orígenes, no habrá ley ni justicia, ya que la ley es producto de la religión, de las *mores* de los antepasados, mientras que el procedimiento un conjunto de ritos al que no acceden.⁷⁷² No son en los orígenes ciudadanos ni pueden ser magistrados. Fustel de Coulanges afirma que hasta se le prohibía la oración y no podían revelársele ninguno de los ritos, ya que entre el patricio y el plebeyo existe toda la distancia que puede establecerse entre dos hombres, o lo que es peor aún, entre un hombre y una bestia (*more ferarum*).

Pero ninguna de las distinciones sociales que el hombre establece es inmutable, por lo que de la mano del conflicto, de verdaderas revoluciones, la clientela desaparecerá para fundirse con los plebeyos,⁷⁷³ y éstos lograrán una equiparación social y política. El régimen oligárquico que define el plano social de este período configura una discordia interna, un conflicto de odio, escribe Livio (II, 23).

Las reivindicaciones plebeyas, de igualdad de derechos políticos, *libertas* frente a las deudas, participación en las magistraturas “civiles” y en el sacerdocio, acceso a la tierra demanial, legislación

⁷⁷² Dionisio, IV, 43, afirma que el sexto rey de Roma fue el primero en dictar algunas leyes para la plebe, mientras que los patricios tenían las suyas desde hacía mucho tiempo.

⁷⁷³ FUSTEL DE COULANGES, *La ciudad... op. cit.*, Libro IV, Cap. VI, p. 265, afirma que hacia el año 372 a. C. ya no habría más clientela.

sobre deudas, ordenación de un código común a todos, nos lleva a plantearnos el problema del origen social de esta clase en relación también a la organización del poder.

Existen sobre este aspecto dos grandes teorías, que podríamos dividir en política y económica, sobre la *gens* que desvincula a los plebeyos como grupo dominado por la conquista o como grupo carente de tierra y religión. A la primera tesis se adscriben, entre otros, Mommsen, Bloch y Pais. A la desvinculación por motivos económicos, Piganiol, Meyer, De Martino, etc. Este problema aparece sin solución, y la dialéctica que sobre él existe es apasionante. Weber sostiene a su vez que en Roma la “*possessio*” y la “*no possessio*” definen la situación. Es decir, los hechos económicos motivan las clases. Y cuando se refieren las fuentes históricas a que no tienen “*patres*”, ¿pueden suponer que se rigieran todavía por un sistema de matriarcado en sus orígenes? ¿O sencillamente que no habían integrado ninguna gens? Todos interrogantes. En D. De Halicarnaso (11-1) y en Livio (IV, 7) se encuentran datos para definir que los admitidos al Tribunado no procedían sino de viejos linajes que habían sido excluidos por el grupo dominador. “La clientela de los Linajes excluida del círculo gobernante, pudo ser la columna vertebral de la conjuración de la Plebe”.⁷⁷⁴

Lo cierto es que, en la experiencia romana hasta el período republicano, el derecho está escindido en dos zonas separadas basadas en los presupuestos del Estado concebido como *res publicae* y del individuo, mientras que, en la experiencia griega, se afirma doctrinariamente que el Estado absorbe al individuo.⁷⁷⁵ Será el derecho

⁷⁷⁴ DIE GOYANES, M. (1997). La plebe como grupo marginado en el estado romano republicano. *Memorias de historia antigua*, (1), pp. 69-71- <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2018536>.

⁷⁷⁵ ÁLVAREZ SUÁREZ, U. (1944). *Horizonte actual del derecho romano* (p. 205). Madrid: Instituto Francisco de Vitoria.

romano el que en la Antigüedad realice esta distinción.⁷⁷⁶ Cuando se consolida la *civitas* romana, ésta no será una asociación de individuos, sino una especie de confederación de *gens* que se conforman luego en curias. Por ello se deja al *pater* la autoridad absoluta de los suyos. La omnipotencia y el derecho de justicia sobre los suyos cederá paulatinamente en pos de la *civitas* como ente aglutinante. Situación que también se extiende a los clientes, con una ostensible diferenciación de clases por lo menos hasta la consolidación de la *respublicae*.

Por su parte, y sin entrar en el debate entre las teorías ascendentes o descendentes de la familia romana,⁷⁷⁷ ya sea como derivadas de la *gens*, ya sea como fruto de su escisión a partir de la conformación de la *civitas* o consideradas como una creación artificial, lo cierto es que este concepto se forjará como inseparable del sistema de la *patria potestas*.⁷⁷⁸ La *potestas* que un *pater familias* ejerce sobre los miembros de su familia es absoluta y excluyente, pudiendo juzgar a sus hijos, condenarlos a penas públicas, e incluso venderlos. Y esto se entiende en la medida de que la familia romana en sentido propio (*familia proprio iure*) es un grupo de personas unidas

⁷⁷⁶ En relación a la expresión *ius publicum*, tanto FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2017). *Derecho privado romano* (p. 47). Madrid: Iustel, como IGLESIAS, J. (1972). *Derecho romano: Instituciones de derecho privado* (p. 98). Barcelona: Ariel, reconocen el uso hacia finales de la República.

⁷⁷⁷ Ver SANZ MARTÍN, L. (2010). Análisis de las posiciones doctrinales dadas sobre la naturaleza de la "familia" en el Derecho Romano arcaico. *Anuario jurídico y económico escorialense*, (43), pp. 197-214.

⁷⁷⁸ Según manifiesta Longo, lo que en la actualidad llamamos poder político, esto es, poder de atender a las exigencias de orden interno, de conservación y defensa, no estaba concentrado en el único organismo superior, sino que era desempeñado por cada uno de los grupos familiares individuales, de modo que todos los organismos del mayor al menor, tenían caracteres políticos, tenían naturaleza de Estado. Ver LONGO, C. (1946). *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia* (pp. 1-5). Milán: Giuffré.

entre sí simplemente por la autoridad que una de ellas, el *pater familias*, ejerce sobre los otros con fines que trascienden el orden doméstico.⁷⁷⁹ El fundamento de la familia romana se encuentra en la voluntad de sus miembros de permanecer unidos bajo la dirección del *pater familias*, voluntad derivada del convencimiento de que la *potestas* del *pater familias* sobre los miembros de la familia y sobre las cosas. Se muestra conforme con las querencias misteriosas de los *numina* y con la creencia de que el *pater familias* era designado por la divinidad para interpretar los deseos de los sujetos dependientes y representar la unidad. Un verdadero sentido de cohesión religiosa será entonces el punto de partida.

La familia y la *gens* serían, por lo tanto, organismos fundamentalmente políticos en cuanto tienen una finalidad esencialmente política, esto es, el orden en el interior y la defensa hacia el exterior, base de la constitución posterior del Estado romano.

Con el correr del tiempo, la *civitas* irá progresivamente avanzando sobre aquellas *potestas*, absorbiéndolas, en virtud de lo que podríamos denominar la doctrina de la utilidad. Se acuña la máxima “*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*” (Pap. D. 2, 14, 38).

La distinción moderna entre derecho público y derecho privado tiene sin duda puntos de conexión histórica con la famosa distinción de Ulpiano D. 1, 1, 1, 2 y de *Inst.* 1, 1, 4, acerca de las dos posiciones para el estudio del derecho: “*Huius studi duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*”, en atención a la utilidad pública o privada de los intereses en juego. De tal manera, el *ius publicum* mira al estatus de la cosa romana, esto es, de la cosa ordenada por la ley al bien común, que no es más que lo que concierne al *populus* (*res*

⁷⁷⁹ BONFANTE, P. (1963). *Corso di diritto romano, I, Diritto di familia* (p. 7). Milán: Giuffré.

publicae). El derecho privado, en cambio, considera la *res privata*, tomando como referencia de distinción la utilidad de aquel a quien está dirigida.⁷⁸⁰

Es que, de acuerdo con la definición de Ulpiano, el *ius publicum* es aquel que “*ad statum rei Romanae spectat*”, frase que Iglesias (1972) interpreta como el derecho referente a su estructura, funcionamiento y organización.⁷⁸¹

A su turno, la *libertas* surgió como una característica típica del ciudadano romano como elemento inseparable de la ciudadanía. Es, en sí, una connotación esencial de la *civitas* liberada del tirano, tal como la refiere Tito Livio. Coincide con la creación de magistraturas con *imperium* anual. Es el libertador del pueblo romano del *rex* y garante de la *libertas*, según el historiador Lucio Junio Bruto.⁷⁸²

Y así nos recuerdan las fuentes romanistas: “Es libertad la natural facultad de hacer lo que se quiere con excepción de lo que se prohíbe por la fuerza o por la ley” (D. 1,5,4, pr, Flor. 9 inst). Mientras que en I. 1. 3. 1. se señala: “*De personarum iure. Personae sunt duae species, liberi homines et servi. Liberi sunt, qui in potestate sua sunt, quod iure gentium gentiumve constituto paterfamilias in filios potestatem habet*”. El concepto de libertad dado por el jurista es profundo y sintético como lo son las buenas definiciones. En él, nos recuerda que la libertad no es un derecho, sino una facultad connatural al ser humano, sea libre o esclavo. Luego, ella puede verse alterada por una cuestión de estatus, donde el *status civitatis* no debe ser obviado en el análisis. La ciudad será entonces una organización de hombres

⁷⁸⁰ Respecto a las interpolaciones que pudiera poseer el fragmento de Ulpiano. Ver IGLESIAS, *op. cit.*, p. 99, nota 30.

⁷⁸¹ IGLESIAS, *op. cit.*, p. 98.

⁷⁸² Liv. 1. 56. 8: “*Ergo ex industria factus ad imitationem stultitiae, cum se suaque praedae esse regi sineret, Bruti quoque haud abnuvit cognomen ut sub eius obtentu cognominis liberator ille populi Romani animus latens opperiretur tempora sua*”.

libres. Y por supuesto, sus límites vendrán desde la *vis* o desde la *lex*, a modo de simplificación. De allí que Augusto señalará en *Res Gestae*: “Vindiqué la República a la libertad, la que estaba oprimida por la dominación de las facciones”.⁷⁸³

Las normas del *ius publicum* estarán excluidas de la autonomía privada de las partes. Así, el individuo verdaderamente autónomo no tiene derecho a regular de manera divergente las relaciones que caen bajo dicho ámbito.

A su turno, la *libertas* ya desde la Roma preclásica implicará el estatus de un *liber*, en contraposición del esclavo, la capacidad de poseer derechos y la ausencia de sujeción a otro *homo*, siendo su desarrollo posible solo dentro de la *civitas*, de modo que no podrá separarse la libertad del individuo de la libertad del ciudadano.⁷⁸⁴

La esfera pública es más bien una zona de libertad de un individuo adjetivado como ciudadano,⁷⁸⁵ si bien puede ponerse en jaque el concepto de igualdad en dicha conceptualización, cuestiones que con solo analizar la historia aún en forma superficial quedan despejadas.

⁷⁸³ Aug. Res Gestae 1 “*rem publicam a dominatione factionis oppressam in libertatem vindicavi*”.

⁷⁸⁴ LABRUNA, op. cit., p. 20; sostiene: “*la civitas si fonda sull’interdipendenza di tre partes: rex prima e poi magistrati, senato e popolo. L’organizzazione e i meccanismi di funzionamento di queste partes pongono le basi della crescita stessa della res publica. Dunque si può affermare che la cittadinanza fonda e struttura l’ordinamento dello Stato.*”

⁷⁸⁵ BRUNT, P. A. (1988). *The Fall of the Roman Republic and Related Essays* (p. 297). Oxford: Oxford University Press. Acerca del problema, véase también MANFREDINI, A. D. (2010). Le pilleus libertatis (C. 7, 2, 10 - C. 7, 6, 1, 5). *RIDA*, (57), pp. 247-263; BAUMAN, R. A. (2000), *Human Rights in Ancient Rome* (p. 101). Londres-Nueva York: Routledge; ARENA, V. (2012). *Libertas and the Practice of Politics in the Late Roman Republic* (p. 54). Cambridge: Cambridge University Press.

Para concluir, y enraizado con el concepto de justicia, la importancia del análisis histórico de las instituciones viene confirmado por Florentino en D. 1, 1, 3, para demostrar la interdicción de la violencia. Si bien el pasaje está establecido en torno al delito de injurias, pensando en las lesiones físicas, lo cierto es que de él puede desprenderse el mismo razonamiento en torno a la libertad y ese parentesco común al decir: “Rechacemos la violencia y la injusticia, pues sucede que, en virtud de este derecho, lo que cualquiera hubiere hecho en salvaguardia de su cuerpo se estime que lo hizo con derecho, y como la naturaleza estableció entre nosotros un cierto parentesco, se sigue que es ilícito atentar un hombre contra otro”.

Antecedentes en la antigua Roma de la regla indemnizatoria en la expropiación forzosa

Por Gabriela Victoria Morel⁷⁸⁶

I. Introducción

El objetivo del presente trabajo es analizar la regla⁷⁸⁷ indemnizatoria en el instituto de la expropiación forzosa, desde sus primeras

⁷⁸⁶ Abogada, especialista y maestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Profesora adjunta en la materia de Derecho Romano, cátedra Mirta Álvarez, y Jefa de Trabajos Prácticos en la materia Elementos de Derecho Administrativo, cátedra Carlos Balbín, en la Facultad de Derecho (UBA). Investigadora externa en el proyecto “Una mirada romanista a las reglas y principios en el Código Civil y Comercial de la Nación. Primera parte”, dirigido por la Dra. Mirta Álvarez, con sede en la Facultad de Derecho de UFLO Universidad. Secretaria del Juzgado de Primera Instancia CAyT, N° 23, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Contacto: gabrielamorel@derecho.uba.ar.

⁷⁸⁷ La regla, tomando la definición dada por Atienza y Ruiz Manero, constituye un enunciado que correlaciona casos con soluciones cerradas a diferencia de los principios donde los casos y soluciones son abiertas. ATIENZA, M. y MANERO RUIZ, J. (1991). Sobre Principios y Reglas. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10, pp. 101-120. <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbk1q1>.

manifestaciones a fines de la República romana hasta su configuración normativa y jurisprudencial actual.

Desde este atalaya, analizaremos en primer lugar las fuentes y los comentarios de romanistas especializados en el análisis del derecho público romano en general y el instituto de la expropiación en particular.

En segundo lugar, previa referencia a su recepción en las Partidas, continuaremos el enfoque hacia el estudio del derecho administrativo actual en su aspecto normativo y jurisprudencial como así también doctrinario.

La finalidad de este análisis radica en observar cómo perviven las reglas y principios fundamentales a lo largo del tiempo, cuya raíz es posible hallarla en el derecho romano.

Abordaremos el requisito indemnizatorio como componente esencial del instituto de la expropiación y consecuencia del principio de razonabilidad que debe encontrarse presente en toda decisión estatal. Cristalizando de este modo la búsqueda, intrínseca al derecho administrativo, del equilibrio entre el interés público y los derechos de los particulares. Pudiendo evidenciar también, desde el paradigma actual en el que nos encontramos inmersos, la búsqueda constante del derecho administrativo como herramienta del Estado a fin de “conformar el orden social en términos de igualdad”.⁷⁸⁸

Finalmente, analizaremos cómo este instituto resultó una contribución al desarrollo de una concepción más compleja del derecho público, donde la ciudadanía posee derechos oponibles a la Administración, que ésta última se encuentra obligada a respetar.⁷⁸⁹

⁷⁸⁸ BALBÍN, C. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo* (p. 56). Tomo I. Buenos Aires: La Ley.

⁷⁸⁹ El profesor Gordillo explica que en un primer momento que “el derecho administrativo se agota en un único precepto: un derecho ilimitado para administrar; no se reconocen derechos del individuo frente al soberano; el particular es un

II. Antecedentes de la expropiación

II. 1. Antigua Roma

Iniciando el análisis en la antigua Roma, es preciso tener presente que no resulta uniforme la posición doctrinaria sobre el tema.

El primer escollo que encontramos al estudiar la temática es que resultan minoritarios, en comparación con el derecho privado, los estudios romanísticos sobre instituciones de derecho público en Roma.⁷⁹⁰

Por un lado, es posible encontrar quienes entienden que no existió este instituto jurídico en Roma. Para fundamentar su posición utilizan el texto de Tito Livio, 40. 51, referido a una obra pública de un acueducto que no fue realizada como consecuencia de la oposición de un ciudadano.⁷⁹¹

En sentido contrario, autores como Lozano Corbí explican cómo debería ser interpretado este pasaje, a fin de entender que la

objeto del poder estatal, no un sujeto que se relaciona con él!" GORDILLO, A. (2017). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Parte general* (p. 69). Tomo 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. Resultando parte de la evolución de esta rama del derecho el reconocimiento de los derechos de los particulares frente a la Administración.

⁷⁹⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2021). *Derecho Público Romano* (p. 342). 24ª edición. Madrid: Thomson Reuters. Refiere a esta cuestión como una "laguna que se produce en este sector de la ciencia del derecho".

⁷⁹¹ TITO LIVIO (1993). *Historia de Roma desde su Fundación*, 40, 51. Traducción y notas de José Villar Vidal. Madrid: Gredos. "Los censores (...). Tuvieron también fondos de utilización conjunta con lo que adjudicaron colegiadamente un acueducto y la construcción de sus arcadas. A esta obra se opuso Marco Licinio Craso, no autorizando la construcción a través de una finca de su propiedad (...)"

paralización de la obra a la que hace referencia Tito Livio tuvo lugar como consecuencia del contexto social y político de ese momento.⁷⁹²

En línea con esta mirada de análisis que entiende que la expropiación forzosa existió en Roma, es posible hallar a Fernández de Buján (2021), quien resalta “la relevancia que en el mundo romano tuvieron las obras públicas, lo que supuso en muchas ocasiones confrontaciones entre intereses públicos e intereses privados”. Explica el autor que existen en las fuentes distintos textos en los que “dependiendo de las épocas, se plantean y resuelven supuestos de prevalencia del interés privado y de la propiedad particular sobre el interés público, supuestos de expropiación forzosa con indemnización y supuestos de confiscación, es decir, de expropiación sin indemnización”.⁷⁹³

Es a partir del 200 a. C. aproximadamente cuando comienza la realización de grandes obras y en consecuencia debemos ubicar el auge de este instituto jurídico. En este sentido, afirma Ponte, “durante el período más antiguo de la historia de Roma (Monarquía y buena parte de la República) la expropiación por utilidad pública debe ser excluida en línea de principio, dado que la extensión del *ager publicus* y la limitada ejecución de obras públicas no hacían necesaria la aplicación de este instituto”.⁷⁹⁴

En este sentido, de no existir un instrumento jurídico como el referido, la oposición de un particular podría haber significado la paralización de una obra pública. Solución contraria al genio práctico jurídico que ha caracterizado a los romanos.

⁷⁹² LOZANO CORBÍ, E. (1995). ¿Existió en la época republicana romana el derecho a la expropiación forzosa por causa de utilidad pública? *Revista de Estudios Jurídicos*, XVII, pp. 123-129.

⁷⁹³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 371.

⁷⁹⁴ PONTE, V. (2010, 7 al 9 de octubre). *Régimen jurídico de las vías romanas*. V Congreso de las Obras Públicas Romanas, Universidad de Córdoba, España. https://www.traianvs.net/pdfs/2010_03_ponte.pdf.

En línea con lo expuesto, encontramos dos pasajes en el Digesto que han sido interpretados como expresiones de la potestad expropiatoria. Por un lado, D. 43. 8. 2. 21, donde Ulpiano, en Comentarios al Edicto, primero diferencia vía privada de una pública y luego, en el final del parágrafo al referir a la anchura de estas últimas, indica que “tuvo el derecho de hacerlo público” (*ius publicandi habuit*).⁷⁹⁵ Expresión que marca el derecho del magistrado de hacer pública una vía, es decir, el derecho de traspasar al Estado algo, lo cual debió haberlo realizado mediante la aplicación de este instituto jurídico.⁷⁹⁶

Por otra parte, en D. 8. 6. 14. 1., Javoleno, indica que “cuando un camino público se ha perdido o por avenida de río, o por ruina, el vecino inmediato debe prestar tal camino”. Esta hipótesis indica una limitación al derecho de propiedad, si fuera un paso transitorio o la expresión de la figura de la expropiación forzosa, si fuera un derecho permanente.⁷⁹⁷

Correspondiente a la etapa imperial, en Nov. 7. 2. 1.,⁷⁹⁸ encon-

⁷⁹⁵ D. 43. 8. 2. 21: “Llamaremos vía pública a aquella cuyo suelo también es público; porque no lo entendemos, así como respecto a la vía privada, también en cuanto a la pública; el suelo de la vía privada es ajeno, y nos compete solamente el derecho de pasar y de conducir, pero el suelo de la vía pública es público, deja en línea recta con ciertos límites de anchura por el que tuvo derecho de hacerlo público, para que el público fuese y viniese por él”. GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona: Jaime Molinas.

⁷⁹⁶ PONTE, *op. cit.*, p. 101.

⁷⁹⁷ LOZANO CORBÍ, E. (1994). *La Expropiación Forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el Derecho Romano* (p. 80). Zaragoza: Mira.

⁷⁹⁸ Nov. 7. 2. 1.: “Dejamos, pues, que si hubiera alguna conveniencia común, y que afecte a la utilidad de la república, y exija la posesión de alguna cosa inmueble tal, como hemos dicho, le sea lícito al imperio recibirla de las santísimas iglesias y de las demás venerables casas y colegios, conservándoseles siempre la indemnidad

tramos el reconocimiento del poder expropiatorio. De allí surge que por razones de utilidad pública le está permitido al emperador adquirir bienes inmuebles de los entes eclesiásticos, siempre que estos

a las sagradas casas, y debiéndoseles compensar la cosa por el que la recibe con otra igual o aun mayor, que la que se dio. Porque ¿cómo se excusará para no dar otra mejor el Emperador, a quien Dios le concedió tener muchas, ser señor de muchos, y dar con facilidad, y principalmente a las santísimas iglesias, para quienes la mejor medida es la inmensidad de las cosas a ellas donadas? Por lo cual, si se hiciera alguna cosa semejante, y hubiere precedido una pragmática disposición, que mande darle al imperio alguna de tales cosas, y el hubiere dado inmediatamente en recompensa una cosa mejor, y más productiva y más útil, sea válida esta permuta, y estén por completo exentos de querella los que se hallan al frente de las casas de quienes es la cosa que se enajena, y los que intervienen en tales documentos, sin temer ninguna de las penas con que se amenaza por León, de piadosa memoria, y que han sido confirmadas por nosotros, porque ciertamente no difieren mucho uno de otro el sacerdocio y el imperio, ni los bienes sagrados de los comunes y públicos, pues perpetuamente se les da a las santísimas iglesias por la munificencia imperial toda abundancia y posición. Y así, compensando unos para otros las cosas que convienen, no serán inculcados en derecho por nadie. Mas prohibimos en absoluto toda otra venta, o donación, o permuta, o enfiteusis perpetua, hecha a favor del mismo imperio, o de otra cualquiera persona; y no dejamos que con ocasión de un mutuo se haga la dación de cualquiera prenda, verificada sobre cosa inmueble y queremos que estas disposiciones tengan validez en toda iglesia y en todo monasterio, hospital, hospital de peregrinos, casa de expósitos, asceterio, hospicio de ancianos, y absolutamente en todo colegio que constituyó una acción piadosa, sin que absolutamente ninguno de ellos pueda recibir cosa alguna de estos. Por lo cual, no habrá en lo sucesivo necesidad de la constitución de Anastasio, de divina memoria, ni habrá que hacer con arreglo a ella decretos sobre dicha observancia; porque suprimiendo nosotros los mismos principios de la cosa, y prohibiendo lo que se hace, no necesitaremos de ninguna manera en lo sucesivo hacer investigaciones.”

últimos sean compensados mediante permutas de bienes de un valor igual o superior.⁷⁹⁹

Si bien no han llegado rastros de la existencia de una ley general reguladora del instituto, es posible mencionar algunas notas características que evidencian su existencia. Siguiendo la caracterización efectuada por Lozano Corbí (1994) y que Fernández de Bujan (2021) también coincide, es posible mencionar las siguientes notas distintivas de la expropiación forzosa en Roma:

1. Existencia de una necesidad pública que después llevará el título de utilidad pública.⁸⁰⁰
2. Existió un procedimiento elástico en la forma, pero fundado sobre el genérico poder del magistrado de mandar y ser obedecido.
3. Eran susceptibles de expropiación todos los bienes privados sin excepción.
4. Su naturaleza jurídica era asimilada a una venta forzosa o no espontánea.⁸⁰¹

Conforme lo expuesto, la primera fase es la declaración de utilidad pública del bien a ser expropiado. Ello debía ser informado al propietario del bien, quien era invitado a cederlo. Asimismo, en

⁷⁹⁹ TRISCIUOGGIO, A. (2021). Sobre la indemnización expropiatoria (*pretium emptionis*) en la experiencia romana. *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*. Tomo 1. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-10074300756

⁸⁰⁰ “A partir de la época clásica y de manera especial en la época postclásica, se introduce ya claramente en los textos la idea de utilidad pública, es decir, del Estado o del Fisco.” FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 370.

⁸⁰¹ *Ibidem*, pp. 371-372.

esta primera etapa se fijaba la compensación. En segundo lugar, por los poderes de *imperium* o *coercitio*, la autoridad tomaba el bien. Y, finalmente, en la tercera fase, contando con la posesión del bien se procedía a la construcción de la obra pública o la finalidad de utilidad pública decidida.⁸⁰²

En lo que respecta al traspaso de bien privado a público, algunos autores entienden que aquí es donde tiene lugar la *publicatio*, “ceremonia en virtud de la cual un bien se transforma en público y se destina a la utilización colectiva. (...) era un acto administrativo, cuya competencia estaba expresamente atribuida a magistrados determinados, mediante el cual la cosa quedaba por tanto afectada o destinada al uso público”.⁸⁰³ Dejando de ser una *res in commercio* para pasar a ser una *res extra commercium*.

A fines de la República los magistrados que contaban con la potestad para vincular al uso público las cosas, es decir, el *ius publicandi*, eran los censores. En el Principado la competencia pasó al príncipe y funcionarios especiales, manteniéndose en la etapa del dominado la concentración de esta potestad en la burocracia imperial.

La existencia de una compensación económica constituía la regla que permitía encuadrar el caso dentro de la expropiación y diferenciarlo así del instituto de la confiscación o en su caso de la usurpación.

En este sentido, conforme expresa Lozano Corbí (1994), la indemnización constituía en estos supuestos “un reembolso completo y efectivo del valor de la cosa expropiada forzosamente”. Asimismo, no solo representó el valor de la cosa a ser expropiada sino el pleno resarcimiento de los daños causados.⁸⁰⁴

⁸⁰² PONTE, *op. cit.*, pp. 107-108.

⁸⁰³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 357. Era una ceremonia especial que destinaba las cosas a uso público (*res publicae*); ARIAS RAMOS, J. (1958). *Derecho Romano* (p. 98). Tomo I. 7ª edición. Madrid: Revista de Derecho Privado.

⁸⁰⁴ LOZANO CORBÍ, *La expropiación...*, *op. cit.*, p. 139.

Podía ser “una cantidad dineraria, un privilegio o inmunidad, una exención de pago de tasas extraordinarias, dispensa de pagar determinados impuestos que el Príncipe otorgaba en su calidad de jefe del Estado”.⁸⁰⁵ En relación a esto último, el Código teodosiano, XV. 1. 51, contempla el supuesto donde la compensación fue mediante la concesión de inmunidades.

Al no existir una norma regulatoria del procedimiento previo, variaba caso a caso. En principio, la determinación del precio la hacía el magistrado, pudiendo el particular afectado defenderse si consideraba que la decisión le causaba un perjuicio.

Por su parte, el magistrado podía incurrir en responsabilidad si la compensación ofrecida era inferior al valor real de la cosa expropiada. Asimismo, este último también debía responder pero ante el *populus* si otorgaba al ciudadano una indemnización muy superior al valor real de la cosa expropiada.⁸⁰⁶

II. 2. *Derecho intermedio*

Siguiendo el análisis vemos que en Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio, también fue receptado este instituto jurídico propio del derecho público, con un criterio semejante al derecho romano. Ello se refleja en la Ley 2, Tit. I, Part. Segunda, y Ley 31, Tít. XVIII, Part. Tercera.

Conforme surge de los pasajes citados, la privación a los particulares de sus bienes debía responder a exigencias de utilidad pública y tenía que ser debidamente resarcida.⁸⁰⁷

⁸⁰⁵ PONTE, *op. cit.*, p. 106.

⁸⁰⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 372.

⁸⁰⁷ COMADIRA, J. (2012). *Curso de Derecho Administrativo* (p. 47). Buenos Aires: La Ley.

Así, “cuando el Rey desapodera de su propiedad a un súbdito, como quiera la propiedad es institución de derecho natural o de gentes, o bien la medida será ineficaz, o bien, si se fundamentase en alguna *iusta causa*, para ser mantenida requerirá ser acompañada de una indemnización que restablezca por vía compensatoria el derecho del afectado”.⁸⁰⁸

En función de lo expuesto es posible observar el valor de la propiedad privada y la limitación que significó el reconocimiento de este instituto a los poderes del rey. En tanto, no resultaba admisible la confiscación de bienes y, en caso de que el rey requiriera desapoderar a un particular de un bien, necesariamente la compensación debía encontrarse presente para que tal desapoderamiento resultase válido jurídicamente.

III. La expropiación forzosa: conceptualización actual

La expropiación es un instituto jurídico que se inscribe dentro de las técnicas de intervención estatal en el marco de la actividad de ordenación o de restricción de derechos.⁸⁰⁹

Se caracteriza este instituto como una expresión de “la potestad ablatoria” de la administración pública que “produce una privación o eliminación de derechos privados en atención a un interés público”.⁸¹⁰ La privación de derechos aludida significa una “situación de

⁸⁰⁸ GARCÍA ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo* (p. 210). Tomo II. Buenos Aires: La Ley.

⁸⁰⁹ BALBÍN, *op. cit.*, p. 451.

⁸¹⁰ CASSAGNE, J. C. (2002). *Derecho Administrativo* (p. 463). Tomo II. 7° edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

legítimo y real sacrificio impuesto por consideraciones inherentes al bien común o interés público”.⁸¹¹

Mediante este instrumento de política pública es posible observar el ejercicio de la potestad estatal y la garantía del ciudadano que sufre un menoscabo en su patrimonio.

Su objeto es la privación con carácter permanente del derecho de propiedad por razones de interés público, mediante la adquisición forzosa por parte del Estado de bienes pertenecientes a un individuo o grupo de individuos determinados.⁸¹²

Esta situación de especial sacrificio en la que se coloca al particular al imponer tal carga pública es el antecedente fáctico que conduce al deber indemnizatorio, con miras de reparar el desequilibrio y la desigualdad generada respecto al resto de la ciudadanía. En tanto, “se reduce esa potestad al mínimo de desapoderamiento específico del objeto expropiado, pero sin implicar el empeoramiento patrimonial de su valor, que ha de restablecerse con la indemnización expropiatoria”.⁸¹³

En línea con lo expuesto, la indemnización permite que la carga pública en principio exigida a un solo ciudadano se distribuya entre toda la sociedad.

En consecuencia, de lo anterior se colige que la regla general establece que todo daño debe ser compensado, incluso si la lesión fue consecuencia de una actuación lícita del Estado.

En términos normativos, encuentra su recepción constitucional en el artículo 17 de la Constitución Nacional,⁸¹⁴ como así también

⁸¹¹ *Ibidem*, p. 464.

⁸¹² GELLI, M. A. (2011). *La Constitución Nacional comentada* (p. 265). Tomo I. 4ª edición. Buenos Aires: La Ley.

⁸¹³ GARCÍA ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 213-214.

⁸¹⁴ Art. 17 de la Constitución Nacional: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en

en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 17) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ambos tratados con jerarquía constitucional (artículo 75, inc. 22, de la CN).⁸¹⁵

Es posible encuadrar este instituto dentro de los supuestos de responsabilidad del Estado por actividad legítima (artículo 5 de la Ley Nacional de Responsabilidad Estatal 26.944) cuya regulación especial se encuentra en el Decreto-Ley 21.499 de Expropiaciones (artículo 1 a 56). Asimismo, atento el carácter local del derecho administrativo existen numerosas leyes provinciales que regulan este instituto en cada jurisdicción.

En función del principio de división de poderes plasmado en nuestra Constitución Nacional, es el Poder Legislativo quien tiene la potestad de regular y limitar los derechos de las personas. El Poder Ejecutivo es el encargado de cumplir y hacer cumplir las limitaciones o restricciones impuestas u ordenadas por el Poder Legislativo.

ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada (...)."

⁸¹⁵ Los tratados internacionales de derecho humanos con jerarquía constitucional referidos son: Declaración Universal de Derechos Humanos: "Art. 17: 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad"; Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Art. 21: 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley".

IV. Comparación con la regulación actual

En virtud de lo expuesto, es posible observar cómo a diferencia lo que ocurría en la antigua Roma, en la actualidad sí existe una norma regulatoria general que establece los requisitos y etapas procedimentales que deben cumplirse, cuya recepción constitucional se encuentra complementada a nivel nacional con el Decreto-Ley 21.499.⁸¹⁶

En primer lugar, se observa que debe existir una causa de utilidad pública que sea declarada por ley (artículo 1 del Decreto-Ley 21.499). En relación a ello, respecto a lo que ocurría en Roma no ha llegado a nosotros cuál era el medio por el cual el magistrado en la República o el emperador o un funcionario que actuara en su representación expresaba su decisión. No obstante, algunos autores hablan del dictado de un decreto: “La declaración de utilidad pública en Derecho Romano pertenecería al ‘poder ejecutivo’, hablando en pura terminología moderna, o, si se desea, a la ‘Administración Pública’. Se concretaría, probablemente, esta declaración de utilidad pública (...) con la posible y probable emanación de un decreto”.⁸¹⁷

El bien a ser expropiado tanto en Roma como en la actualidad podía ser mueble o inmueble. Asimismo, el Decreto-Ley 21.499 refiere que puede ser objeto de expropiación cualquier bien que “pertenezcan al dominio público o al dominio privado, sean cosas o no” (artículo 4 del Decreto-Ley 21.499). En esta amplitud que otorga la norma podemos encontrar una analogía cuando en la Novela 7. 2. 1 se incluyen los bienes eclesiásticos, conforme fuera referenciado y transcrito *ut supra*.

⁸¹⁶ Esta norma dictada en el año 1977 resulta una expresión de uno de los llamados déficits del derecho administrativo. Término acuñado por BALBÍN, *op. cit.*, p. 452.

⁸¹⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 372.

Sin embargo, de acuerdo a la letra del artículo 4 del Decreto-Ley 21.499 es posible observar que, en la actualidad, a diferencia de lo que ocurría en la Antigüedad, no solo son susceptibles de expropiación los bienes materiales (cosas), sino también los bienes en los términos del artículo 16 del Código Civil y Comercial de la Nación, que en el Código Civil eran caracterizados como objetos inmateriales (artículo 2312 del Código Civil de Vélez Sarsfield).

Asimismo, se agrega como requisito *sine qua non* la regla que marca la existencia del instituto jurídico en examen, esto es la contraprestación o indemnización económica previa al desapoderamiento. En función de lo normado, el pago debe ser en dinero efectivo u en otra especie de valor; esto último, si media conformidad del expropiado (artículo 12 del Decreto-Ley 21.499). En relación con este punto vemos coincidencias en lo que ocurría en Roma, pudiendo ser el pago incluso mediante el reconocimiento de exenciones, conforme fuera señalado anteriormente al referir al Código teodosiano.

El monto indemnizatorio hoy en día es posible que sea determinado mediante un acuerdo extrajudicial (avenimiento) si el propietario acepta el precio establecido por el Tribunal de Tasaciones o las oficinas técnicas competentes (artículo 13 del Decreto-Ley 21.499). En Roma también se habla de un acuerdo y de la necesidad de contar con el consentimiento del particular expropiado. Sin embargo, este consentimiento en muchos casos podía considerarse forzado, razón por la cual se habla de una venta forzosa (*emptio ab invito*).

En lo que refiere a los ítems indemnizatorios, en la actualidad el precio a pagar solo responde al valor objetivo del bien y los daños directos e inmediatos causados por la expropiación y, en su caso, los intereses; en ningún caso lucro cesante o daño moral (artículo 10 del Decreto-Ley 21.499).

En relación a la regla indemnizatoria, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) se ha pronunciado sobre esta cuestión y ha sostenido, en el marco de la causa “Salvador Chiriboga” del año 2006, que la indemnización en el marco

de un proceso expropiatorio debe atender al valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaración de utilidad pública, resultando la indemnización el justo equilibrio entre el interés general y particular que solo es posible si la compensación resulta adecuada, pronta y efectiva.⁸¹⁸

En Roma, frente a la ausencia de una norma general reguladora, no vemos límites indemnizatorios, debiéndose abonar además del valor del bien cualquier otro perjuicio causado al particular, conforme fuera indicado anteriormente.

Cabe señalar que el expropiado podrá reclamar judicialmente en caso de disconformidad con la indemnización ofrecida, como así también si nos encontramos ante una decisión o criterio arbitrario tomado por la autoridad pública,⁸¹⁹ extremo que también resulta concordante con la antigua Roma, donde era posible la reclamación por parte del particular afectado si se encontraba disconforme con la compensación económica establecida pudiendo incurrir en responsabilidad el magistrado actuante.⁸²⁰

Finalmente, resta referir a la declaración de utilidad pública cuya exigencia se encuentra presente en nuestra legislación actual, como así también en la Antigüedad. Sin embargo, hoy en día el concepto se ha ampliado en tanto no se limita a cuestiones relacionadas con urbanismo y obras de infraestructura, sino que comprende la satisfacción de derechos fundamentales, entre los que cabe mencionar a los derechos sociales, culturales y al ambiente. Esto último como

⁸¹⁸ “Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de marzo de 2011, Serie C n° 222, párr. 98.

⁸¹⁹ “(...) la determinación de cuándo un bien puede expropiarse y para qué uso, corresponde al Congreso Federal y la Corte Suprema no puede alterar ese criterio salvo arbitrariedad, como cuando se expropia un bien de una persona para entregársela a otra” GELLI, *op. cit.*, p. 267.

⁸²⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 373.

consecuencia del Estado social y democrático de derecho en el que nos encontramos inmersos después de la reforma constitucional de 1994.⁸²¹

V. Conclusiones

En función del recorrido realizado, es posible afirmar que la regla indemnizatoria ha sido un principio estructural en el instituto de la expropiación desde la Antigüedad. La necesidad de compensar al particular afectado constituye el límite que distingue la expropiación de otras formas de afectación de bienes.

Asimismo, este análisis muestra que la tensión entre interés público e intereses individuales ha existido en todas las sociedades a lo largo de la historia, y que la expropiación constituye un mecanismo jurídico que armoniza esa tensión, privilegiando el bien común pero respetando los derechos individuales mediante una compensación justa que permita restablecer la desigualdad generada por la aplicación de este instituto jurídico.

A su vez, este trabajo ha intentado colaborar con la evidencia de que el nacimiento del derecho administrativo, en cuanto regulador de la actividad estatal frente a los particulares, tiene raíces anteriores

⁸²¹ BALBÍN, op. cit., p. 55; BIDART CAMPOS, G. (2001). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* (pp. 467-468). Tomo I-B. Buenos Aires: Ediar; ABRAMOVICH, V. (2009). El rol de la Justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. En V. ABRAMOVICH V. y L. PAUTASSI (Comps.). *La Revisión Judicial de las Políticas Sociales* (p. 5). 1º edición. Buenos Aires: Del Puerto; MANILLI, P. (2016). *Constitucionalismo Social* (pp. 159 y ss.). 1º edición. Buenos Aires: Astrea; GIL DOMÍNGUEZ, A. (2009). *Constitución Socioeconómica y Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (p. 44). Buenos Aires: Ad Hoc.

a la Revolución francesa, con antecedentes claros en la práctica jurídico-pública de la antigua Roma.

Finalmente, cabe señalar que el fortalecimiento de la regla indemnizatoria no solo garantiza la seguridad jurídica y la confianza en la actuación estatal, sino que constituye una expresión de lo que la Corte Europea de Derechos Humanos ha denominado el principio del justo equilibrio (*fair balance*), el cual consiste en el “balance entre las demandas del interés general de la comunidad y los requisitos para la protección de los derechos fundamentales de carácter individual”.⁸²²

VI. Referencias bibliográficas

ABRAMOVICH, V. (2009). El rol de la Justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. En V. ABRAMOVICH V. y L. PAUTASSI (Comps.). *La Revisión Judicial de las Políticas Sociales*. 1º edición. Buenos Aires: Del Puerto.

ARIAS RAMOS, J. (1958). *Derecho Romano*. Tomo I. 7º edición. Madrid: Revista de Derecho Privado.

ATIENZA, M. y MANERO RUIZ, J. (1991). Sobre Principios y Reglas. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10, pp. 101-120. <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbk1q1>.

BALBÍN, C. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley

⁸²² ECHR, Case of Lithgow and others v. The United Kingdom, 8 de julio de 1986. Recuperado el 27/10/2024 de <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-165092>.

- BIDART CAMPOS, G. (2001). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I-B. Buenos Aires: Ediar
- CASSAGNE, J. C. (2002). *Derecho Administrativo*. Tomo II. 7° edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- COMADIRA, J. (2012). *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- GARCÍA ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley.
- GELLI, M. A. (2011). *La Constitución Nacional comentada*. Tomo I. 4° edición. Buenos Aires: La Ley.
- GIL DOMÍNGUEZ, A. (2009). *Constitución Socioeconómica y Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- GORDILLO, A. (2017). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Parte general*. Tomo 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2021). *Derecho Público Romano*. 24° edición. Madrid: Thomson Reuters.
- LOZANO CORBÍ, E. (1995). ¿Existió en la época republicana romana el derecho a la expropiación forzosa por causa de utilidad pública? *Revista de Estudios Jurídicos*, XVII, pp. 123-129.
- LOZANO CORBÍ, E. (1994). *La Expropiación Forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el Derecho Romano*. Zaragoza: Mira.

MANILLI, P. (2016). *Constitucionalismo Social*. 1ª edición. Buenos Aires: Astrea.

PONTE, V. (2010, 7 al 9 de octubre). *Régimen jurídico de las vías romanas*. V Congreso de las Obras Públicas Romanas, Universidad de Córdoba, España. https://www.traianvs.net/pdfs/2010_03_ponte.pdf.

TITO LIVIO (1993). *Historia de Roma desde su Fundación*, 40, 51. Traducción y notas de José Villar Vidal. Madrid: Gredos.

TRISCIUOGGIO, A. (2021). Sobre la indemnización expropiatoria (*pretium emptionis*) en la experiencia romana. *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*. Tomo 1. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-10074300756.

Compensatio es debiti et crediti inter se contributio: **del derecho romano** **al Código Civil español**

Por María del Pilar Pérez Álvarez⁸²³

I. Introducción

La compensación descrita por Modestino exige que dos personas sean a la vez y respectivamente acreedoras y deudoras la una de la otra al mismo tiempo.⁸²⁴ La compensación (*compensatio*, *compensación*, *compensazione*, *Aufrechnung*, *Set-off*) parece un mecanismo bastante simple: cuando dos personas son recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, pueden liberarse de su deuda en la medida de la menor de las dos desde que se cumplan los requisitos establecidos por el ordenamiento.

⁸²³ Catedrática de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid.
Contacto: pilar.perez@uam.es.

⁸²⁴ D. 16, 2, 1 (*Modest. l. 6 Pandect.*). *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.*

La justificación de este mecanismo está en razones de economía procesal para evitar dos procesos distintos⁸²⁵ y en razones de equidad (*aequitas compensationis*, según las fuentes),⁸²⁶ pues no es justo que una de las partes exija el pago sin atender su propia deuda frente al otro y se evita el riesgo, para el que paga, de que el acreedor, una vez satisfecha su deuda, incurra en insolvencia.

La finalidad de este trabajo es el estudio de la institución de la compensación (legal, judicial y convencional) desde el derecho romano, pasando por las posiciones doctrinales de las escuelas del derecho medieval y moderno y hasta el Código Civil español, que, como veremos, proyecta esta institución de manera semejante a cómo se plasmó en el período justiniano.

⁸²⁵ De economía de medios jurídicos hablan IHERING, R. (1880). *L'Esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement* (pp. 130-131). T. IV. 10ª edición. París: Ainé; GIRARD, P. F. (1918). *Manuel élémentaire de Droit Romain* (p. 717). 6ª edición. París: A. Rousseau; LOMBARDI, L. (1963). *Aperçus sur la compensation chez les juristes classiques*. *BIDR*, 66, pp. 35 y ss.

⁸²⁶ Numerosos textos de la Compilación de Justiniano se refieren a la *aequitas compensationis* (Cfr. D. 26, 7, 36 (*Pap., l. 3 quaest.*): *aequitas, quae merum ius compensationis inducit*; también en D. 34, 9, 15 (*Pap., l. 6 Respons.*) C. 4, 32, 5-6 (*Impp. Iustinianus*, a. 531). Entre la doctrina antigua y moderna son numerosos los autores que justifican la admisión de la compensación en razones de carácter equitativo. Así, entre los autores más antiguos, POTHIER, R. J. (1761). *Traité des obligations* (p. 141). Tomo II. París: Ainé; DOMAT, J. (1777). *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (p. 319). Tomo II. París: Nyon; MURILLO VILLAR, A. (2016). La extinción por compensación de las obligaciones mercantiles: una previsible regulación futura de evidente origen romano. En A. A. MALCHER MEIRA, C. CUNHA DA GAMA MALCHER FILHO y F. A. LIMA DE OLIVEIRA (Coords.). *As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea. Em homenagem ao centenário de nascimento do jus comercialista Clóvis Cunha da Gama Malcher* (p. 176 y 204). Vol. 1. Río de Janeiro: Lumen Juris.

II. Las *compensationes ope exceptionis* en derecho romano clásico

Durante la época clásica, los juristas romanos no consideran la compensación como un modo general de extinción de las obligaciones, sino que la admiten en algunos supuestos concretos y desde un punto de vista procesal. Efectivamente, Gayo no menciona la compensación entre los modos de extinción de las obligaciones (3, 168-180), sino en el comentario 4, 61-68, a propósito de las acciones con las que el actor percibe menos de lo que se le debe y como un expediente que opera en relación con ciertas acciones por vía judicial como modo pretorio de extinción.

En este sentido debemos hablar en plural de *compensationes*⁸²⁷ más que de *compensatio*. En concreto se señalan los siguientes casos: a) la compensación en los *iudicia bonae fidei*; b) la *compensatio* del *argentarius*; c) la *deductio* del *bonorum emptor* en el marco del concurso de acreedores (*bonorum venditio*); y d) la compensación en las acciones de derecho estricto a petición del demandado a través de la *exceptio doli* inserta en la fórmula, que habría sido introducida posteriormente a través de un rescripto del emperador Marco Aurelio. Así se deriva de las Instituciones de Justiniano en I. 4, 6, 30, donde, tras recordar que la compensación era admitida en los juicios de buena fe, añade “*sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur*”.

Como veremos a continuación, los casos de compensación reconocidos en la época clásica tienen una función y un régimen diferentes. Su único punto de conexión es que el efecto compensatorio opera en el plano procesal, *ope exceptionis* y a través de la sentencia del juez.

⁸²⁷ Cfr. BIONDI, B. (1929). La compensazione nel diritto romano. *Annali del seminario giuridico della R. Università di Palermo* (p. 4). Vol XII. Cortona.; BIONDI, B. (1967). Voce *Compensazione*. *NNDI*, III, Turín, p. 719.

II. 1. La compensación en las acciones de buena fe

En cuanto a los *iudicia bonae fidei*, la compensación opera *ope exceptionis*, excepto en algunos supuestos en el caso del *iudicium depositi*, el *iudicium commodati* y las obligaciones *ex delicto*.⁸²⁸

Para que los créditos y deudas puedan compensarse debían tener un origen común (*ex eadem causa*, aunque podían ser de naturaleza diferente) y estar vencidas. En este caso, la compensación es judicial porque dependía de la apreciación del juez tenerla o no en cuenta. El demandado conserva siempre la posibilidad de obrar en juicio separado sin que se le pueda oponer la *exceptio rei iudicata*, lo que demuestra que el hecho de haber opuesto el propio crédito en compensación no comporta su automática deducción en juicio. Se trata —como indica Gayo— de una facultad inherente al *officium iudicis*: “Gai 4, 63. *Liberum est tamen iudici nullan omnino inuicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae uerbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conueniens uidetur, ideo officio eius contineri creditur*”.

El juez tiene libertad para operar la compensación cuando lo estime justo y de equidad, pero también puede rechazar la compensación, lo que resulta de varios textos del Digesto⁸²⁹ y viene recogido, en términos generales, en las instituciones de Justiniano, I. 4, 6, 30, al afirmar que en los juicios de buena fe se atribuye al juez la libre facultad para estimar, según lo bueno y lo equitativo, cuánto deba restituirse al actor: *In bonae fidei autem iudiciis libera*

⁸²⁸ Sobre el caso del *iudicium depositi*, véase *Paul. Sent.* 2, 12, 12 e I. 4, 6, 30 *in fine.*), sobre el *iudicium commodati*: C. 4, 23, 4 (*Impp. Dioclet.*) y las obligaciones *ex delicto*. Ver GUARINO A. (1997). *Diritto privato* (p. 836). 11ª edición. Nápoles: Jovene; MURILLO VILLAR, *op. cit.*, p. 202.

⁸²⁹ D. 3, 5, 7, 2. (*Ulp. l. 10 ad ed.*); D. 13, 6, 18, 4 (*Gai l. 9 ad ed. prov.*); D. 16, 2, 7, 1. (*Ulp. l. 28 ad ed.*) y D. 27, 4, 1, 4. (*Ulp. l. 26 ad ed.*).

potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat.

II. 2. La compensación del banquero

La compensación del *argentarius* se aplica en las relaciones de cuenta corriente entre los banqueros y sus clientes (depósitos, créditos, acciones de representación, intermediación en las ventas públicas o privadas por subasta, etc.). Para que la compensación del banquero pueda tener lugar es necesario que los créditos sean del mismo género y naturaleza (*eiusdem generis et naturae*), lo que se recoge en el siguiente texto de Gayo:

Gai 4, 66. (...) *quod in compensationem hoc solum uocatur, quod eiusdem generis et naturae est; ueluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, uinum cum uino, adeo ut quibudam placeat non omni modo uinum cum uino aut triticum cum tritico compensandum, sed ita si eiusdem naturae qualitatique sit.*

Además, los créditos deben estar vencidos y ser exigibles, tal y como indica Gayo (4, 67), *compensatur autem hoc solum, quod praesenti die debetur*. Según nos informa el jurista clásico, el banquero viene obligado a hacer un balance de los créditos y deudas y a ejercitar sus acciones previa compensación, de forma que su pretensión se circunscribirá al saldo que le resulte favorable.

Gai 4, 64: *Alia causa est illius actionis, qua argentarius experitur. Nam is cogitur cum compensatione agere, et ea compensatio uerbis formulae exprimitur, adeo quidem, ut statim ab initio compensatione facta minus intendat sibi dare oportere. ecce enim sestertium X milia debeat Titio, atque ei XX debeantur, sic intendit: SI PARET TITIVM SIBI X MILIA DARE OPORTERE AMPLIUS QVAM IPSE TITIO DEBET.*

Por lo tanto, el *argentarius* debe realizar una exacta operación matemática para calcular la diferencia y colocarla en la *intentio* de la fórmula. Si la *intentio* resultaba errónea, en el sentido de recoger una diferencia mayor que la real, el *argentarius* incurría en la llamada petición de más (*plus petitio*) con la consecuencia de perder inmediatamente el litigio: *quo fit ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat*.⁸³⁰ Por el contrario, si la pretensión del banquero resulta probada, el juez condenará al cliente a pagar la diferencia. Aunque para algunos autores se trata de una suerte de compensación legal impuesta por los usos y prácticas bancarias, hay que advertir que aquella no se produce hasta que recae la sentencia judicial.⁸³¹

II. 3. La deductio en el concurso de acreedores

Finalmente, en el ámbito del concurso de acreedores, Gayo informa que el *bonorum emptor cum deductione agere iubetur*.⁸³² “Gai 4, 65. *Item bonorum emptor cum deductione agere iubetur, id est ut in hoc solum adversarius eius condemnetur quod superest, deducto eo quod invicem ei bonorum emptor defraudatoris nomine debet*”.

Lo que significa que, cuando el concursado (*defraudator*)⁸³³ fuese

⁸³⁰ Gai 4, 68.

⁸³¹ LEPOINTE, G. y MONIER, R. (1954). *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français* (p. 389). Paris: Recueil Sirey.

⁸³² Para un desarrollo más detallado de los distintos aspectos de la *deductio* del *bonorum emptor*. PÉREZ ÁLVAREZ, M. P. (2000). *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico* (pp. 296-327). Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.

⁸³³ Las fuentes recogen el término *fraudator*. *Defraudator* únicamente se contiene en Gayo 4. 65.

recíprocamente acreedor y deudor de la misma persona, el comprador de los bienes (*bonorum emptor*), que había adquirido en bloque el patrimonio del insolvente (obligándose a pagar un porcentaje de las deudas de aquel), se coloca en el lugar del concursado y no puede exigir a los acreedores de este último el crédito entero, sino que debe obrar *cum deductione*.

A continuación, el jurista (Gai, 4, 66-68) compara la *deductio* del *bonorum emptor* con la compensación del *argentarius*, destacando las diferencias entre ambas figuras jurídicas.

En primer lugar, informa que en la compensación del banquero únicamente se admiten las cosas del mismo género y naturaleza, mientras que en la deducción se admiten todos los créditos, aunque no sean del mismo género: *In deductionem autem vocatur et quod non est eiusdem generis*.⁸³⁴ Por lo tanto, al *bonorum emptor* que pide una suma de dinero se le puede oponer un crédito que tenga por objeto una cantidad de trigo o vino.

Una segunda diferencia se recoge en Gai 4, 67. En el descuento se computa lo que se debe a término, mientras que se compensa únicamente lo que se debe actualmente (*Item vocatur in deductionem et id quod in diem debetur; compensatur autem hoc solum quod praesenti die debetur*).

Otra divergencia la encontramos en Gai 4, 68, donde señala que la cláusula de la *deductio* se añade a la *condemnatio* de la fórmula a petición del demandado⁸³⁵, lo que resulta de Gai 4.66: *deductionem quae obicitur*,⁸³⁶ mientras que la compensación del banquero

⁸³⁴ Gai 4, 66: “*In deductionem autem vocatur et quod non est eiusdem generis; itaque si pecuniam petat bonorum emptor et invicem frumentum aut vinum eis debeat, deducto quanti id erit, in reliquum experitur*”.

⁸³⁵ Para una reconstrucción de la cláusula de la deducción, ver PÉREZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 299.

⁸³⁶ Cfr. D. 16, 2, 10, 2-3 (Ulp. l. 63 ad ed.) que recoge las expresiones *deductionem opponere potest y poteri obici deductio*.

in intentione ponitur. La deducción consistía en una cláusula colocada en la *condemnatio* de las fórmulas rutiliana o serviana, que ordenaba al juez tener en cuenta eventuales créditos que el demandado tuviese contra el *fraudator*, detrayéndolos del montante de la condena; por lo tanto, el *bonorum emptor* no sufría el peligro de la *plus petitio*, como podía ocurrir con el *argentarius*. Lo que se explica por razones de equidad, pues no sería ecuánime exponer al *bonorum emptor* a un error en la determinación del saldo, que le sería difícil de evitar al emprender la administración de un patrimonio extraño del que únicamente podía tener un conocimiento sumario.⁸³⁷ Mientras, a los banqueros profesionales (*argentarii*, *coactores*) y, a partir del siglo II d. C., a los *nummularii* (única categoría privada de banqueros que estaban legitimados para abrir cuentas de depósito con dinero ajeno),⁸³⁸ no les resultaba difícil hacer el cómputo, pues llevaban su contabilidad a través del *codex rationum*, sometido a control público, donde recogían un registro pormenorizado de sus operaciones.⁸³⁹

⁸³⁷ APPLETON, C. (1895). Histoire de la compensation en droit romain. *Annales de la Université du Lyon* (p. 159). París: Masson; SOLAZZI, S. (1935-1953). *Il concorso dei creditori nel diritto romano* (p. 148), II, Nápoles: Jovene; SOLAZZI, S. (1950). *La compensazione nel diritto romano* (p. 67). 2º edición. Nápoles: Jovene; BETTI, E. (1958). *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano* (p. 357). Roma: Ricerche; OSUCHOWSKI, W. (1971). Quelques remarques sur la deductio bonorum emptoris et l'interpretation de D.12.2.2. *Studi in onore di Edoardo Volterra* (pp. 364-365). V. II. Milán: Giuffré; BONFANTE, P. (1987). *Istituzioni di diritto romano* (p. 427). 10º edición. Milán: Giuffré.

⁸³⁸ GARCÍA MORCILLO, M. (2001). El fenómeno de la compensación financiera *in natura* en época romana. *Pyrenae: revista de prehistòria i antiguitat de la Mediterrània Occidental*, 31-32, p. 91.

⁸³⁹ Ver el estudio monográfico sobre esta cuestión de ANDREAU, J. (1987). *La vie financière dans le monde romain*. Les métiers de manieurs d'argent (IVe siècle av. J.-C.-IIIe siècle apr. J.-C.), Roma: École française de Rome.

Finalmente, otra diferencia es que la *litis contestatio* sobre la fórmula *cum compensatione* del banquero opera como causa extintiva de las relaciones recíprocas entre el *argentarius* y su cliente. Por el contrario, la fórmula *cum deductione* solo deducía en juicio el crédito del *bonorum emptor* y no se producía la consunción procesal de los créditos del demandado hasta que recaía la sentencia del juez operando la reducción o negando la existencia del contracrédito. A partir de este momento, el *bonorum emptor* podría oponer la *exceptio rei iudicata* o la *exceptio doli* contra el acreedor del *fraudator* que quisiese ejercitar una segunda vez su crédito en juicio. En este caso, también es la sentencia del juez, siguiendo la fórmula, la que opera la compensación efectiva. Es, por tanto, una compensación judicial.

En el procedimiento formulario, la redacción de la fórmula impedía una valoración de conjunto de las deudas y de los créditos existentes entre actor y demandado y la compensación era admitida solo en casos excepcionales. Con la entrada en vigor del procedimiento extraordinario o *cognitio extra ordinem*, que reemplaza al anterior en el siglo III d. C.,⁸⁴⁰ se superan las limitaciones técnicas del *ordo iudiciorum privatorum* y el juez puede apreciar con mayor libertad las alegaciones del demandado, sin estar sometido a la fórmula o escrito del pretor que le imponía la condena o absolución del demandado según resultasen ciertos o no los términos de ésta.

⁸⁴⁰ Justiniano informa en l. 3, 12, pr. que la *bonorum venditio* desapareció junto con el procedimiento formulario en el siglo III d. C. Igualmente, deja de aplicarse la *deductio* del *bonorum emptor* y la compensación del *argentarius*. Ver GIFFARD, A. E. y VILLERS, R. (1969). *Droit romain et ancien droit français. Les obligations* (p. 319). París: Dalloz.

III. La *compensatio ipso iure* del derecho justiniano

Justiniano introduce una reforma legislativa a través de un célebre rescripto del año 531 d. C., C. 4, 31, 14:

C. 4. 31. 14. pr. *Impp. Iust. A Ioanni P. P. Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actio, nibus inter se observandae. 1. Ita tamen ita compensationes obici iubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare.*

Tras un enunciado de carácter general que dispone que la compensación se produce de pleno derecho, *ipso iure*, en todas las acciones, tanto reales como personales y en las acciones de derecho estricto cuando el demandado no haya invocado la excepción de dolo,⁸⁴¹ se recogen los requisitos de la compensación.

En I. 4. 6. 30 *in fine*, vuelve a mencionarse la Constitución de Justiniano que introduce la compensación en todas las acciones con algunas excepciones como el caso del depósito,⁸⁴² del comodato⁸⁴³ o del que poseía violentamente cosas de otro contra el verdadero propietario que pretendía la restitución.⁸⁴⁴ I. 4.6. 30: “(...) *sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione*”.

La expresión *ipso iure* tiene en ambos textos el significado de

⁸⁴¹ I. 4. 6. 30: “(...) *sed et in strictis iudiciis ex recripto divini Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur*”

⁸⁴² C. 4, 31, 14, 1 i. f. (*Impp. Iust. A. Ionn. P. P.*); C. 4, 34, 11 (*Imp. Iustin. A. Demostheni*) e I. 4, 6, 30.

⁸⁴³ C. 4, 23, 4. (*Impp. Dioclet. et Maxim. AA. Scilolae*)

⁸⁴⁴ C. 4, 31, 14. 2 (*Imp. Iust. A. Ionn. P. P.*).

eficacia de pleno derecho, automática o por ministerio de la ley, en oposición a la situación precedente, en que la *compensatio* se producía por obra del juez.⁸⁴⁵ Ya desde la época justiniana, el jurista Teófilo interpreta literalmente la expresión *ipso iure* admitiendo que la compensación opera por el solo efecto de la ley.⁸⁴⁶ Sin embargo, la institución no opera de forma tan automática como cabría suponer —*sine facto hominis*—⁸⁴⁷ pues debe ser invocada por la parte interesada —*obicii et oponi compensationes*, dice Justiniano— y declarada por el juez. Aun así, la compensación tiene lugar *ipso iure* y no

⁸⁴⁵ Renunciamos a recordar las seculares discusiones e interpretaciones propuestas por los intérpretes, comenzando por los glosadores, sobre la expresión *ipso iure* para tratar de conciliar la expresa declaración del emperador con los textos del Digesto que recogen soluciones contrarias. Ver la exposición y crítica en LONGO, C. (1904) en el Appendice alla traduzione de C. F. GLUCK, *Commentario alle Pandette* (p. 243 y ss.), libro 16, título 2. Milán: Giuffré.

⁸⁴⁶ Ver Teof. *Paraph*, 4, 6, 30. Entre la doctrina interpretan que la compensación opera de pleno derecho tras la reforma de Justiniano, entre otros, APPLETON, *op. cit.*, p. 177 y ss.; SOLAZZI, *Il conzozzo...*, *op. cit.*, p. 181; SOLAZZI, *La compensazione...*, *op. cit.*, p. 95; ASTUTI, *op. cit.*, p. 9 y ss. Frente a esta opinión hay autores que consideran que Justiniano únicamente generalizó la compensación pero que no modificó su funcionamiento, afirmando que seguía operando por vía judicial por la libre apreciación del juez. Entre estos autores, ver PICHONNAZ, P. (2002). Da Roma a Bologna: l'evoluzione della nozione di *compensatio ipso iure*. *Rivista di Diritto Romano*, II, p. 338 y ss.; DOLT, J. (2003). La mise en oeuvre de l'opération compensatoire: son évolution de l'antiquité jusqu'au XIXe siècle. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, LXXI, pp. 160 y ss.

⁸⁴⁷ Expresión empleada por la glosa acursiana para indicar que para que la compensación produzca el efecto extintivo previsto por la ley, debe ser alegada por el demandado como cualquier otro medio de defensa. Ver AZO, P. (1498). *Summa Codicis et institutionum*, Venetiis, in tit. C. 4, 31. *De compensationibus*. <https://daten.digital-sammlungen.de/~db/0004/bsb00045962/images/>

officio iudicis, pues no debe confundirse el ejercicio de un derecho con los efectos de éste. La extinción de los créditos recíprocos está prevista en la ley y, por lo tanto, sus efectos se retrotraen al momento efectivo en que se verifican las condiciones establecidas por el ordenamiento. Sin embargo, el hecho extintivo debe ser alegado por el demandado como cualquier otro medio jurídico de defensa.

En esta época, la compensación ya no se deja a la apreciación discrecional del juez como ocurría en el período clásico; éste simplemente se limita a declarar, a través de una sentencia declarativa, la compensación ocurrida de pleno derecho. La confirmación la podemos encontrar en una serie de pasajes que enuncian las consecuencias jurídicas de la compensación y que solo tienen explicación si admitimos la extinción inmediata, automática o de pleno derecho de los créditos concurrentes. Así, se establece que el deudor que, pudiendo valerse de la compensación hubiese cumplido la prestación, puede repetirla a través de la *condictio indebiti* en cuanto paga una deuda extinguida *ipso iure* y se produce el cese de la producción de intereses desde el día en que coexisten los créditos recíprocos.⁸⁴⁸ Mientras, en el período clásico los intereses se devengan hasta el día en que recae la sentencia.⁸⁴⁹

A partir de la reforma justiniana, la compensación deviene un modo general de extinción de las obligaciones, aunque Justiniano, que sigue fielmente las Instituciones de Gayo, no la incluye entre los modos de extinción.⁸⁵⁰ Los requisitos para que se produzca la compensación son:

- La identidad de los sujetos titulares de las obligaciones recíprocas, lo que deriva de C. 4, 31, 8 y 9 (*Impp. Iustinianus*, a. 531).

⁸⁴⁸ C. 4, 31, 4-5 (*Impp. Iustinianus*, a. 531)

⁸⁴⁹ D. 46, 3, 48 (*Marcel. l. sing. resp.*); D. 49, 8, 1, 4 (*Macer l. 2 de apellat.*).

⁸⁵⁰ I. 3, 29. *Quibus modis obligatio tollitur.*

- La homogeneidad de las recíprocas prestaciones indica que deben tener por objeto cosas fungibles de la misma especie y calidad.⁸⁵¹
- La exigibilidad pues adquiere valor de norma general el de la no compensabilidad de los créditos no vencidos.⁸⁵²
- La liquidez de los créditos (o que sean fácilmente liquidables): este requisito fue introducido por primera vez por la Constitución de Justiniano en C. 4, 31, 14, 1. El propio emperador matiza que las cantidades deben ser líquidas o fácilmente liquidables, es decir, aquellas cantidades a cuyo conocimiento preciso pudiese llegarse sin muchos ambages.⁸⁵³
- Que no se encuentren entre los supuestos exceptuados como el caso del depósito, del comodato o del que poseía violentamente cosas de otro contra el verdadero propietario que pretendía la restitución.

Además de la compensación legal, las fuentes justinianas recuerdan también la compensación voluntaria o convencional para los casos en que faltan los requisitos de la legal como, por ejemplo, por falta de un crédito recíproco, falta de homogeneidad de los créditos o de la identidad de los sujetos. Un caso frecuentemente recogido en las fuentes es el caso en que se crea un crédito para compensarlo con un débito anterior, como la venta de una cosa al acreedor o al acreedor pignoraticio con pacto de compensación del crédito.⁸⁵⁴ En

⁸⁵¹ *Pauli Sent.*, 2, 12, 2.

⁸⁵² Una vez abolido el principio opuesto, admitido para el caso la *deductio* del *bonorum emptor*, adquiere valor de norma general el de la no compensabilidad de los créditos no vencidos.

⁸⁵³ C. 4, 31, 14, 1 (*Impp. Iustinianus*, a. 531: *si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata*)

⁸⁵⁴ D. 18, 1, 81 (*Scaev. l. 7 digest.*); D. 20, 1, 16, 9 (*Marc. l. sing. ad form. hypoth.*); C. 5, 74, 1 (*Impp. Diocl. et Max.*, a. 290).

estos casos, el pacto de compensar no tiene existencia autónoma, sino que se añade al contrato de compraventa o a la prenda por voluntad de las partes, y sus efectos se hacen valer por el comprador con la *actio empti* y por el acreedor pignoraticio con la retención de la cosa pignorada.

IV. Evolución de la compensación en el derecho medieval

Tras las invasiones germánicas, el derecho de obligaciones presenta una involución general respecto al derecho justiniano. La definición de obligación enunciada por Justiniano y recibida por el derecho privado moderno es propia de sociedades avanzadas con un volumen importante de relaciones jurídicas.⁸⁵⁵ Para las costumbres primitivas de los pueblos germánicos el vínculo obligatorio tenía un carácter rígidamente personal y el incumplimiento era concebido como un acto voluntario del deudor. En este contexto, un régimen de extinción de las obligaciones por compensación se encuentra en contraste con la estructura y la tutela jurídica de la obligación, que culpa al deudor como al responsable de un delito. Por todo ello, la doctrina considera que los pueblos bárbaros desconocían la institución de la compensación.⁸⁵⁶ Tampoco encontramos testimonios determinantes ni en la práctica consuetudinaria de las poblaciones que viven bajo la ley romana ni en las antiguas fuentes que, cuando mencionan el término *compensatio*, lo utilizan en sentido no técnico.⁸⁵⁷

⁸⁵⁵ I. 3, 1, 3.: *Obligatio est iuris vinculum quo necessitate astringimur solvendae rei secundum nostra civitatis iura.*

⁸⁵⁶ ASTUTI, *op. cit.*, p. 13.; DOLT, *op. cit.*, p. 162.

⁸⁵⁷ Efectivamente no encontramos indicios suficientes ni siquiera entre las fuentes

Solo a partir del siglo XII, tras la reaparición del derecho romano y su estudio científico por obra de los glosadores boloñeses, hay constancia del conocimiento del instituto compensatorio⁸⁵⁸ y entre la doctrina surge una controversia sobre su naturaleza jurídica que da lugar a varias teorías que influirán decisivamente en el derecho positivo francés y alemán.

La cuestión fundamental que se plantean los glosadores es si la compensación se produce *sine facto hominis* y si opera automáticamente en virtud de la ley. Martino, sobre la base de un texto de Teófilo,⁸⁵⁹ defiende una rigurosa teoría de la compensación legal por lo que *ipso iure fit compensatio, etsi non opponatur ab homine*.⁸⁶⁰ Esta opinión es pronto rebatida por Basiano, quien a finales del siglo XII, apoyándose en varios pasajes de la compilación justiniana,⁸⁶¹ niega categóricamente la doctrina de la compensación automática y concluye que ésta produce sus efectos después de haber sido opuesta

que derivan del derecho romano. Así, las pocas veces que se menciona la voz *compensatio* en las fuentes de este período no tiene sentido técnico, veáse la *Lex Visigothorum* 4, 4, 3 y 10, 1, 9.

⁸⁵⁸ La compensación es bien conocida por el autor anónimo del *Bracchilogus* que enumera, con clara innovación sistemática respecto de las Instituciones de Justiniano (*vid supra*), la compensación entre los modos de extinción de las obligaciones.

⁸⁵⁹ TEOFILO, *Paraph.*, 4, 6, 30.

⁸⁶⁰ BARTOLUS (1314-1357) [*Commentaria in primam codicis partem*, Tit. De *compensationibus*, Lugduni, 1555, fol. 182 p. 368, afirma que según Martino (-1166) la compensación opera de pleno derecho, sin necesidad de acto de parte.

⁸⁶¹ En concreto, se trata de dos textos del Digesto, uno de Paulo, D. 16, 2, 4 (*Paul. l. 3 ad Sab.*) y otro de Gayo, D. 16, 2, 5 (*Gai. l. 9 ad ed. prov.*), a partir de los que Basiano concluye que, para la compensación se pueda producir, debe ser invocada por el demandado.

por el demandado.⁸⁶² La doctrina de Basiano, fue acogida por su discípulo Azón: “*et dixerunt quidem eam fieri ipso iure, ut etiam hominis facto non sit opus. Et dicunt, ius ipsum compensat. Sed ego puto eam ipso iure tunc demum fieri, cum a partibus est opposita*”.⁸⁶³

En el mismo sentido se expresa Acursio que, tras recordar la opinión de Martino, sigue el parecer de Basiano: “*Not. pro M. (Martinus) quod ipso iure fit compensation, etsi non opponatur ab homine, ut hic et infra eadem l. fin. (C. 4, 31, 4). Sed Io (Iohannes Basianus) dicit eam fieri tunc demum cum ab homine opposite fuerit (...) nam si ius ipsum compensaret, non esset in hominis potestate cum quo debito compensatur, quod tamen lex dicit*”.⁸⁶⁴

Después, la cuestión seguirá siendo discutida por los intérpretes, entre los que la idea de la compensación legal *sine facto hominis* y en base a la simple existencia de un crédito contrapuesto hallará algún partidario, pero la doctrina seguida de forma mayoritaria afirma que la compensación está condicionada a la alegación de la excepción facultativa por el demandado.⁸⁶⁵

A finales del siglo XII, Placentino considera que la compensación suprime de pleno derecho las acciones (“*Nunc dicamus de compensationibus, quibus ipso iure actiones perimuntur*”).⁸⁶⁶ Para este jurista la

⁸⁶² HAENEL, G. (1964). *Dissensiones Dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur* (p. 422 y ss.). Leipzig: Scientia Verlag.

⁸⁶³ AZO, P. (1584). *Summa Codicis et institutionum Venetiis, Lib. 4 De compensationibus*, in tit. C. 4. 31.

⁸⁶⁴ ACCURSIUS (1627). *Glossae Ipso iure ad CI 4.31.4.*, ed. Lyon, citado por PICHONNAZ, *op. cit.*, p. 345.

⁸⁶⁵ Ver el tratado monográfico de MEDICIS, S. (1573). *Tractatus de compensationibus* (p. 106 y ss.). Florencia: Bavarian State Library.

⁸⁶⁶ PIACENTINUS, P. (-1194), *In Codicis dn. Iustiniani sacratissimi principis ex repetita praelectione libros IX summa, Parisiis, 1553, 244, In librum quartum, Título XXXI: “Nunc dicamus de compensationibus, quibus ipso iure actiones perimuntur”*

compensación no tiene lugar más que si es invocada por el interesado ante el juez y este último estimará las condiciones de admisibilidad de la compensación (liquidez, exigibilidad, etc.). De este modo, resulta que la compensación es judicial, se produce en virtud de la sentencia dictada por el juez.

Por su parte, Bártolo, en el siglo XIV, se declara partidario de la teoría de Basiano. En su opinión, la excepción de compensación debe ser opuesta por el interesado, aunque la compensación es automática no puede derivar más que de un acto de parte. De modo que la compensación no opera más que cuando las partes han expresado su intención de compensar. *“Quaerit glossa utrum hoc sit verum quod compensatio fiat ipso iure, absque aliquo facto hominis, Martinus dicit quod sic, Joannes (Basiano) dicit quod non, nisi opponatur. Istam opinioniones Joannis tenet Dynus, et est ipsa veritas”*.⁸⁶⁷

Baldo sigue esta misma opinión y opina que una declaración extrajudicial a través de la que las partes expresan su voluntad de compensar su deuda con el crédito opuesto conlleva la extinción de pleno derecho de las obligaciones recíprocas: *“ut fiat compensatio, requeritur voluntas compensationis et pro hoc videtur, quod ad exigendum debitum ipso iure non est necesse; quod compensatio obiciatur in iudicio, sed videtur sufficere, quod quis extraiudicium dicat, ego com- penso tecum illud, quod debes mihi cum illo quod a me petis”*.⁸⁶⁸

Para estos autores el requisito necesario no es que la compensación sea opuesta judicialmente sino la voluntad del deudor de compensar.

⁸⁶⁷ BARTOLUS, *Commentaria in primam codicis partem*, Título *De compensat.*, Lex IV, Lugduni, 1555, fol. 156, 313 en https://bvpb.mcu.es/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=174006 (Fecha de consulta, 09-03-2025).

⁸⁶⁸ BALDUS, U., *Commentaria in secundum Digesti veteris partem. Commentaria, Tit. 2 De comp., lex IV*, Venetiis, 1586, fol. 102, p. 209 <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5310171239&view=1up&seq=210&size=125&q1=compensatio> (Fecha de consulta: 09-03-2025).

Recapitulando, a finales del siglo XIV hay tres doctrinas diferentes relativas a la naturaleza jurídica de la compensación:

- La compensación automática (Martino)
- La compensación judicial (Placentino)
- La compensación voluntaria, expresada judicial o extrajudicialmente (Bartolo y Baldo).

Estas tres teorías ejercerán, como veremos a continuación, una notable influencia en los intérpretes posteriores, tanto en Francia como en Alemania.

V. La compensación en el período de la codificación

A partir del siglo XVI, en el reino de Francia se acoge mayoritariamente la doctrina de la compensación legal.⁸⁶⁹ Domat⁸⁷⁰ y Pothier,⁸⁷¹ patrocinadores de la codificación, consideran que la compensación opera de pleno derecho, aunque las partes no hayan sido conscientes.⁸⁷² Es legal porque opera por la fuerza de la ley desde el momento

⁸⁶⁹ El artículo 105 de la Nueva costumbre de París, redactada en 1850, en la que se puede leer: “*Compensation a lieu d’une debta claire et liquide, à une autre pareillement claire et liquide, et non autrement*”. Aunque de la letra del artículo no pude decirse que se trate de la compensación legal, así lo entienden la mayoría de los comentaristas. Ver DOLT, *op. cit.*, p. 179 y toda la bibliografía citada por este autor en la nota 127.

⁸⁷⁰ DOMAT, *op. cit.*, Tít. II, sec. I, nº 4 y 6, pp. 319-320.

⁸⁷¹ POTHIER, *op. cit.*, II, pp. 141 y ss.

⁸⁷² Opinión mantenida por CUJACIUS, J. (1837). *Opera Omnia*, II, com. In lib IV Cod., Título XXXI. Nápoles: Jovene.

en que las partes devienen deudoras la una de la otra, es decir, desde el momento de la coexistencia de las deudas. Esta compensación no necesita ni la oposición de parte ni la intervención del juez y, si el demandado omite invocarla, el juez deberá pronunciarla de oficio.

Este parecer fue acogido por los redactores del Código de Napoleón en el artículo 1290, que indica: *“La compensation s’opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l’insu des débiteurs; les deux dettes s’éteignent réciproquement, à l’instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu’à concurrence de leurs quotités respectives”*.

Posteriormente, por vía jurisprudencial se limita el carácter de pago forzoso que revestía la institución a tenor de lo establecido en el artículo 1290 y se establece que el deudor que quiere hacer valer la compensación ha de invocarla ante el tribunal⁸⁷³.

La regulación actual⁸⁷⁴ (artículos 1347 y 1348 del *Code*) reconocen esta evolución al establecer que la compensación opera “bajo reserva de ser invocada”, tras lo cual sus efectos se producen retroactivamente “desde la fecha en la que se cumplen sus condiciones”. Por su parte, el artículo 1348 establece que el juez puede declarar la compensación judicial cuando una de las obligaciones no sea líquida o exigible, en cuyo caso los efectos se producirán “desde la fecha de la sentencia”. El párrafo segundo de este último precepto admite la compensación convencional acordada libremente entre las partes.

En el Imperio germánico, donde se produce la recepción del derecho romano como derecho supletorio (*gemeines Recht*), la compensación no puede ser admitida más que en las regiones en las que

⁸⁷³ SOLÉ FELIÚ, J. (2017). La compensación de deudas. Propuestas de reforma del derecho español a la luz de los textos de *soft law* europeos. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 3, pp. 6-7.

⁸⁷⁴ Introducida por la *Ordonnance N° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

las costumbres no la prohíben. Los comentaristas del *gemeines Recht* defienden sobre todo la compensación voluntaria y la judicial.

Antes de la codificación, los pandectistas alemanes discutieron el significado de la expresión *ipso iure compensari*, calificada por Windscheid como el gran enigma de la teoría romana.⁸⁷⁵ Prevalece la idea de que la compensación se fundamenta en la voluntad de compensar manifestada por el deudor y, cuando el deudor la invoca, los derechos de crédito recíprocos se extinguen *ipso iure* desde el momento de su concurrencia.

Como se puede observar, la doctrina que se recibe por el legislador alemán en el momento de la redacción del Código Civil de 1896 (entra en vigor en 1900) es, en realidad, producto de una larga evolución desde la tesis mantenida por Bártolo. El BGB recoge en el § 388 que la compensación se realiza entre deudas vencidas (cuando no estén sometidas a condición o término) mediante declaración a la otra parte, admitiéndose el efecto compensatorio de las declaraciones de carácter extrajudicial⁸⁷⁶ y en el § 389 se establece que la compensación tiene por efecto que los créditos recíprocos se consideren extinguidos hasta la concurrencia de sus montantes respectivos a partir del momento en que devienen compensables, es decir, han comenzado a coexistir.⁸⁷⁷

⁸⁷⁵ WINDSCHEID, B. (1900). *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, § 348, n. 3 y § 349, n. 10. Frankfurt: Frankfurt am Main; DERNBURG, H. (1901). *Pandekten*, II, §§ 62 y ss. Berlín: H.W. Müller.

⁸⁷⁶ § 388 BGB: “Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. Die Erklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird”.

⁸⁷⁷ El § 389 BGB, sobre los efectos de la compensación, establece: “Die Aufrechnung bewirkt, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind”.

De este modo, a la función de extinción de la obligación como instrumento de pago, se añade una función de garantía que es la idea que está bajo el principio de que la compensación produce efectos antes de su efectiva declaración, aunque haya que esperarse a ésta para que se desencadenen.⁸⁷⁸

En cada uno de estos sistemas, la expresión *ipso iure* tiene un significado distinto. Para los partidarios de la compensación legal, ésta opera en virtud de la ley desde el momento de coexistencia de ambos créditos. Para los partidarios de la compensación voluntaria o de la judicial, la compensación produce sus efectos cuando una parte ha declarado su voluntad de compensar o ha sido admitida por el juez. Realmente, la discordancia entre las dos doctrinas se centra en el elemento generador de la compensación.

En la práctica, en ambos ordenamientos, el momento al que se retrotraen los efectos de la misma coincide con aquél de la coexistencia de los créditos recíprocos y líquidos, lo que contribuye a acercar ambas regulaciones.⁸⁷⁹

VI. Regulación de la compensación en el Código Civil español

El Código civil español, siguiendo el derecho justinianeo y por influencia del *Code* francés, considera la compensación como una forma de extinción de las obligaciones. El artículo 1156 de dicho texto indica: “Las obligaciones se extinguen: (...) Por la compensación”.

Según lo establecido en el artículo 1195 del Código Civil, “la

⁸⁷⁸ SOLÉ FELIÚ, *op. cit.*, p. 8.

⁸⁷⁹ PICHONNAZ, P. (2000). The retroactive effect of set-off (Compensation). *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, LXVIII, pp. 541 y ss.

compensación ocurre por ministerio de la ley, cuando dos personas, por derecho propio, son recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra”.

Su efecto inmediato es la extinción de una y otra deuda en la cantidad concurrente (artículo 1202 del Código Civil) desde el momento en que se dan los requisitos necesarios, aunque los recíprocos acreedores y deudores no tengan conocimiento, y aún antes de oponerla en juicio, porque, al menos, la compensación legal viene a constituir una especie de pago abreviado.⁸⁸⁰ Sin embargo, y pese a la literalidad de lo establecido en el artículo 1202 *in fine* (“El efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores”), lo cierto es que la compensación

⁸⁸⁰ Así la califican DÍEZ-PICAZO, L. (1996). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias* (p. 530). Madrid: Civitas; O’ CALLAGHAN, X. (1996). *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia* (p. 1112). Madrid: Grefol; PUIG PEÑA, F. (1958). *Tratado de Derecho Civil español*, T. IV, *Obligaciones y contratos*, Vol. 1. *Teoría general de la obligación* (p. 391). 2ª edición. Madrid: Revista de Derecho Privado; JIMÉNEZ MANCHA, J. C. (1999). *La compensación de créditos* (pp. 434-435). Madrid: Edersa; OLICENCIA, M. (1958). La compensación en la quiebra y el artículo 926 del Código de comercio. *ADC*, XI, fasc. 3, pp. 813 y ss., pp. 823 y ss. Por su parte, LACRUZ, J. L. (2000). *Elementos de derecho civil II. Derecho de obligaciones* (p. 294), I, Madrid: Dykinson, la considera como un medio sustitutivo del pago, que a veces infringe los requisitos del pago. Para ALBALADEJO, M. (2002). *Derecho civil II Derecho de obligaciones* (p. 312). Barcelona: Bosch, habla de una especie de subrogado del pago. En la misma línea, BERCOVITZ, R. (2001). *Comentarios al Código civil* (p. 1413). Pamplona: Aranzadi. Entre la jurisprudencia, se considera como forma de pago abreviado por retorno y reciprocidad, ver Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8482), 27 de junio de 1995 (1995/5122) y 24 de marzo de 2000 (RJ 2000/2486).

no opera de una forma tan automática. Por el contrario, como ya ocurría en el período justiniano, el acreedor-deudor debe invocar la compensación en juicio⁸⁸¹ por vía de reconvencción debido al carácter rogado del procedimiento civil,⁸⁸² produciendo los efectos de cosa juzgada. Todo ello sin perjuicio de que, una vez reconocida judicialmente la compensación, sus efectos se retrotraigan al momento efectivo en que los requisitos se cumplieron. Esta opinión es la mantenida por el Tribunal Supremo en reiteradas jurisprudencias, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9088), 18 de diciembre de 2011 (RJ 2001/9804), 26 de junio de 2002 (RJ 2002/5501), 15 de febrero de 2005 (RJ 2005/1672), 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007/308), 30 de diciembre de 2011 (RJ 2011/173), 18 de febrero de 2013 (RJ 2012/2021) y 5 de marzo de 2019 (RJ 2019/721). En las tres últimas sentencias mencionadas indican al respecto

Los efectos de la compensación se producen de forma automática o *ipso iure*, con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia *ex tunc*, pero este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese

⁸⁸¹ La compensación no puede ser apreciada de oficio por el juez pues hay que contar con la voluntad de las partes conforme al principio general de que nadie puede ser desposeído o forzado a adquirir derechos o ejercer facultades sin contar con su consentimiento. En concreto, la compensación es renunciante (art. 1198-1º CC), de modo que quien paga pudiendo compensar no realiza un pago de lo indebido.

⁸⁸² Artículo 408.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Si frente a la pretensión actora de condena al pago de cantidad de dinero, el demandado alegare la existencia de crédito compensable, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvencción, aunque el demandado sólo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar.”

momento actuará como si la extinción de la relación contrapuesta se hubiese verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas.

Para que efectivamente se produzca el referido efecto extintivo, es imperativo, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1196 del Código Civil, que concurran los siguientes requisitos, que coinciden básicamente con los exigidos por el emperador Justiniano en su compilación:⁸⁸³

- Cada uno de los obligados debe serlo principalmente y ser a la vez acreedor principal del otro.
- Debe existir, además, homogeneidad entre las deudas, en el sentido de que ambas consistan en dinero (aunque no estén en la misma divisa)⁸⁸⁴ o cosas fungibles de la misma “especie” y calidad, según establece el Código. En relación con estas cosas fungibles, aquellas que, como decía la jurisprudencia romana, se pueden contar, pesar o medir y pueden ser intercambiables unas por otras sin que se altere la función económico-social que cumplen, nuestro Código Civil utiliza el término “especie” de forma incorrecta al decir “de la misma especie y calidad”. Teniendo en cuenta que *species* se contrapone a *genera*, tal y como está redactado está diciendo lo contrario de lo que realmente quiso decir, pues lo que pretende este precepto es evitar la compensación de las cosas específicas, individualizadas o determinadas y evitar, así, entrar a discutir sobre el valor

⁸⁸³ *Ibidem*.

⁸⁸⁴ Son, por tanto, compensables las deudas de dinero, aunque no es necesario que estén expresadas en la misma divisa pues, como deudas de valor que son, bastará con que puedan computarse en la misma base a los efectos de operar la compensación (art. 577 LEC).

de unas y otras. Por lo tanto, debería decir del mismo “género” y calidad.⁸⁸⁵

- Las deudas tienen que estar vencidas, así lo exige el apartado 3º del artículo 1196. Se ha criticado por algunos autores que este requisito se recoja por separado al de la exigibilidad (recogido en el apartado 4º, junto con el requisito de la liquidez) argumentando que estamos ante una redundancia en la medida en que toda deuda vencida es exigible.⁸⁸⁶ Sin embargo, en mi opinión, tienen razón los autores que consideran que no es tan desacertado pues hay casos en que una deuda vencida no es exigible.⁸⁸⁷ Así ocurre en las obligaciones naturales que se caracterizan, ya desde el derecho romano, porque no tienen acción para su protección, pero generan otras consecuencias jurídicas como la *solutio retentio*. Actualmente la obligación natural se sigue caracterizando por su inexigibilidad, lo que impide la compensación según lo dispuesto en el artículo 1196-4º del Código Civil. Tampoco son exigibles, por no haberse producido su vencimiento, las obligaciones sometidas a condición o plazo como ya se afirmada en las fuentes romanas: *quod in diem debetur non compensabitur*, D. 16. 2. 7 (Ulp. l. 28 ad ed.).
- Ser líquidas y exigibles: El apartado 4º del artículo 1196 exige

⁸⁸⁵ LÓPEZ VILAS, R. (1994). Los requisitos de la compensación como forma de pago y el mecanismo de la compensación bancaria. En A. POLO (Coord.). *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdura y Tuells* (p. 1518), II, Barcelona: Wolters Kluwer España.

⁸⁸⁶ *Ibidem*, pp. 1516 y 1519.

⁸⁸⁷ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (2003). Artículo 58. Prohibición de compensación. *Comentarios a la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio* (p. 534). Madrid: Tecnos.

la liquidez y la exigibilidad de las deudas a compensar. La liquidez consiste en la determinación exacta del montante de ambas obligaciones, no siendo posible la compensación si uno de los créditos está pendiente o a falta de liquidación practicada en el proceso. Ya desde el derecho justiniano, que exige por primera vez el requisito de la liquidez, se plantea la cuestión de si debían considerarse como líquidas aquellas cantidades a cuyo conocimiento preciso pudiese llegarse sin muchos ambages,⁸⁸⁸ admitiéndose la solución de estimar compensables las deudas fácilmente liquidables. La jurisprudencia española considera líquidas a aquellas obligaciones en las que no hallándose expresada con precisión la cuantía total de las mismas, sin embargo su montante es susceptible de determinación exacta con una simple operación aritmética, criterio recogido en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1921 y 13 de noviembre de 1924 y mantenido hasta la actualidad por sentencias posteriores como la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1978 (Nº 428/1978).

- Junto a todo ello, deben estar libres de retención (mejor, embargo)⁸⁸⁹ o contienda promovida por terceros y notificada oportunamente al deudor: no se podrán compensar aquellos créditos que por cualquier razón jurídica se encuentren sometidos a cualquier clase de conflicto con un tercero y conocido por su titular. La finalidad es la de evitar posibles fraudes en perjuicio de terceros que se completa con la propia exigencia

⁸⁸⁸ C. 4. 31. 14. 1, *Impm. iustin.*, a. 530.

⁸⁸⁹ Para algunos autores, el Código incurre en una imprecisión técnica al utilizar el término retención pues el *ius retentionis* únicamente opera sobre bienes muebles, fungibles y no abstractos, por lo que hubiera sido preferible el término *embargo*.

legal de notificación judicial al deudor. Tampoco se podrán compensar aquellas deudas sobre las que exista una prohibición legal, como son –ya desde el derecho romano– la obligación de restituir las cosas depositadas o dadas en comodato (artículo 1200 del CC), las deudas que procedan de la obligación de prestar alimentos futuros (artículo 151 del CC) y las deudas derivadas de responsabilidad *ex delicto*. Tampoco se pueden compensar las deudas que supongan créditos o derechos sobre bienes inembargables pues la razón de su inembargabilidad es la defensa del mínimo patrimonio vital para la persona como salarios, pensiones, prestaciones de la Seguridad Social, entre otros (artículo 607.2 LEC).

Además de la compensación legal, nuestra doctrina y jurisprudencia reconocen la existencia de otros dos tipos de compensación:⁸⁹⁰ la compensación judicial y la convencional o contractual, esta última con fundamento en el artículo 1255 del Código Civil, esto es, en la autonomía de la voluntad de las partes y la libertad de contratación.⁸⁹¹

La compensación judicial se produce cuando no concurren todos los requisitos para que opere la compensación legal. En este

⁸⁹⁰ Ver la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1983 (RJ 1983/7000) que diferencia con claridad los tres tipos de compensación.

⁸⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2014 (RJ 2014/5141) establece que se trata de una modalidad de compensación “acogida al amparo de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación del artículo 1255 del Código Civil, sin otros límites que los fijados en dicho precepto: las leyes necesarias, la moral y el orden público, y con efectos que habrá que buscar en el contenido de la voluntad de las partes que fijará los límites del acuerdo compensatorio, el cual funcionará como negocio jurídico en el que los efectos se adaptarán exactamente al contenido de la voluntad de las partes que lo pacten.”

sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4081), indica que

la llamada compensación judicial ha sido admitida en numerosísimas sentencias de esta Sala, en las que se ha configurado como «una especie de compensación en la que no son de exigencia todos los requisitos que el Código fija para la legal y que la ordena el órgano jurisdiccional en sentencia y como resultado de un proceso» (STS de 17 de julio de 2000 (RJ 2000/6803). Nos encontramos pues, ante una facultad del juzgador que puede tener lugar cuando falta alguno de los requisitos legales o no se dan los supuestos de la compensación voluntaria, pero se ha probado la existencia de las deudas concurrentes... y que las partes sean acreedoras y deudoras por derecho propio, aunque no es exigible que concurran todos los requisitos exigidos por el Código civil para que proceda la compensación legal.

En definitiva, la compensación judicial viene declarada por el juez en aquellos supuestos en que los créditos no reúnen todos los requisitos exigidos por la ley y siempre que la subsanación de aquellos sea de fácil y pronta determinación.⁸⁹² Esta compensación tiene lugar por vía reconventional al ser preciso que el juez se pronuncie sobre el requisito inicialmente ausente.⁸⁹³

⁸⁹² Como hemos indicado, normalmente la compensación judicial se produce cuando faltan los requisitos de exigibilidad y liquidez. Ver Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1893 (RJ 1983/7000). Sin embargo, el juez tiene la posibilidad de subsanar la ausencia de otros requisitos, ver DIEZ PICAZO, *op. cit.*, p. 513; LACRUZ, *op. cit.*, II/1, p. 430; LÓPEZ VILAS R. (1999). Comentarios a los artículos 1195 a 1202 del Código civil. En M. ALBALADEJO (Dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (p. 519). T. XVI, Vol. I, 2ª edición. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.

⁸⁹³ Ver, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1983 (RJ 1983/ 7000), 11 de octubre de 1988 (RJ 1988/7409), 24 de marzo de 1994

La compensación convencional o contractual es la que voluntariamente acuerdan las partes de una negociación y viene a suplir uno o varios de los requisitos legales. Estos acuerdos pueden ser añadidos *ex continente*, en el momento de constituirse la relación jurídica, o *ex intervalo*, en un momento posterior, y han de ser expresos.⁸⁹⁴ Al amparo de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación del artículo 1255 del Código Civil, las posibilidades del acuerdo pueden ser amplias, sin otros límites que los fijados por dicho precepto (las normas imperativas, la moral y el orden público), y referirse a cualquiera de los requisitos del artículo 1196 del Código Civil, y con efectos que habrá que buscar en el contenido de la voluntad de las partes, con la única exigencia de que se dé el presupuesto subjetivo de reciprocidad en la posición acreedora y deudora (auténtico presupuesto de la compensación), y siempre que no perjudique a terceros.

VII. Conclusiones

Durante la época clásica, los juristas admiten la compensación en supuestos muy concretos y como una institución que opera por vía judicial. Los efectos compensatorios se producen por vía

(RJ 1994/2173), 9 de abril de 1994 (RJ 1994/2739) y 7 de diciembre de 2007 (RJ 2007/8909).

⁸⁹⁴ Entre la doctrina exigen “la expresa voluntad” respecto de la compensación acordada: DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 561; ALBALADEJO M., *op. cit.*, p. 315; LÓPEZ VILAS, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 413; GALÁN LÓPEZ, C. (2005). Algunas cuestiones en torno al régimen de compensación de créditos en la Ley Concursal de 2003. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia* (p. 2743) Madrid: Marcial Pons.

de excepción y a partir del momento en que recae la sentencia judicial. A partir de Justiniano, la compensación se considera un modo general de extinción de las obligaciones que opera de pleno derecho, *ipso iure*, en todas las acciones, tanto reales como personales y en las acciones de derecho estricto. Si bien es necesario que sea invocada por la parte interesada y declarada por el juez, en este caso los efectos se retrotraen al momento en que se verifican las condiciones exigidas por el ordenamiento: identidad de los titulares de las obligaciones recíprocas, homogeneidad, exigibilidad, liquidez y que no encuentren en los supuestos excepcionales del depósito, el comodato o del que poseía voluntariamente una cosa de otro contra el verdadero propietario que pedía su restitución.

En el período medieval encontramos tres doctrinas diferentes que influirán decisivamente en las etapas posteriores y principalmente en el período de la codificación. En concreto se habla de: a) la compensación legal o *ipso iure* sin necesidad de que sea alegada por el interesado y, que por tanto, puede y debe ser declarada de oficio; b) la compensación judicial que ha de hacerse valer por el interesado y que opera desde la sentencia judicial; o c) la compensación voluntaria expresada judicial o extrajudicialmente por el interesado.

El Código Civil español, influenciado por el *Code* francés, regula la compensación de manera semejante a como lo hizo el derecho justinianeo. La institución opera *ipso iure* desde el momento en que se dan los requisitos exigidos por el ordenamiento (identidad de los titulares de las obligaciones recíprocas, homogeneidad, exigibilidad, liquidez y que no se trate de alguno de los supuestos exceptuados por la ley), si bien la compensación debe ser invocada por el interesado en juicio por vía de reconvencción y declarada por el juez, aunque sus efectos se retrotraigan a un momento anterior. Además, la doctrina y la jurisprudencia reconocen la compensación voluntaria y la compensación judicial para el caso en que falte alguno de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la compensación legal.

VIII. Bibliografía

- ALBALADEJO, M. (2002). *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, 11ª edición. Barcelona: Bosch.
- ANDREAU, J. (1987). *La vie financière dans le monde romain. Les métiers de manieurs d'argent (IVe siècle av. J.-C.-IIIe siècle apr. J.-C.)*, Roma: École française de Rome.
- APPLETON, C. (1895). *Histoire de la compensation en droit romain, Annales de la Université du Lyon*, París: Masson.
- ASTUTI, G. (1979). Voce *Compensazione* (Diritto Romano). *EDD*, VIII, pp. 1-89.
- AZO, P. (1498). *Summa Codicis et institutionum*, Venetiis, Lib. 4, *De compensationibus in tit. C.4.31*. <https://daten.digital-sammlungen.de/-db/0004/bsb00045962/images/>.
- BALDI, U. P. (1586). *Commentaria in secundum Digesti veteris partem. Commentaria, Tit. 2 De comp., lex IV*, Venetiis. <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5310171239&view=1up&seq=210&size=125&q1=compensatio>
- BARTOLI (1555). *Commentaria in primam codicis partem, Tit. De compensationibus*, Lugduni.
- BERCOVITZ, R. (2001). *Comentarios al Código civil*. Pamplona: Aranzadi.
- BETTI, E. (1958). *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*. Roma: Ricerche.

- BIONDI, B. (1929). *La compensazione nel diritto romano, Annali del seminario giuridico della R. Università di Palermo*. Vol. XII. Cortona.
- BIONDI, B. (1967). *Voce Compensazione. NNDI*, III, Turín.
- BONFANTE, P. (1987). *Istituzioni di diritto romano*. 10ª edición. Milán: Giuffré.
- CUJACIUS, J. (1837). *Opera Omnia*, II, *com. In lib IV Cod., Título XXXI*. Nápoles: Jovene.
- DERNBURG, H. (1901). *Pandekten*, II, §§ 62 y ss. Berlín: H.W. Müller.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1996). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Madrid: Civitas.
- DOLT, J. (2003). La mise en ouvre de l'opération compensatoire: son évolution de l'antiquité jusqu'au XIXe siècle. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, LXXI, pp. 160 y ss.
- DOMAT, J. (1777). *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Tomo II. París: Nyon.
- GALÁN LÓPEZ, C. (2005). Algunas cuestiones en torno al régimen de compensación de créditos en la Ley Concursal de 2003. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA MORCILLO, M. (2001) El fenómeno de la compensación financiera in natura en época romana. *Pyrenae: revista de prehistòria i antiguitat de la Miediterrània Occidental*, 31-32, pp. 89-98.

- GIFFARD, A. E. y VILLERS, R. (1969). *Droit romain et ancien droit français. Les obligations*. París: Dalloz.
- GIRARD, P. F. (1918). *Manuel élémentaire de Droit Romain*. 6° edición. París: Rousseau.
- GUARINO, A. (1997). *Diritto privato*, 11ª edición. Nápoles: Jovene.
- HAENEL, G. (1964). *Dissensiones Dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*. Leipzig: Scientia Verlag.
- IHERING, R. (1880). *L'Esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*. T. IV. 10° edición. París: Ainé.
- JIMÉNEZ MANCHA, J. C. (1999). *La compensación de créditos*. Madrid: Edarsa.
- LACRUZ, J. L. (2000). *Elementos de derecho civil II. Derecho de obligaciones*, I, 2ª edición. Madrid: Dykinson.
- LEPOINTE, G. y MONIER, R. (1954). *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, París: Recueil Sirey.
- LOMBARDI, L. (1963). Aperçus sur la compensation chez les juristes classiques. *BIDR*, 66, pp. 35-95.
- LONGO, C. (1904) en el Appendice alla traduzione de C. F. GLUCK, *Commentario alle Pandette*. libro 16, título 2. Milán: Giuffré.
- LÓPEZ VILAS, R. (1994). Los requisitos de la compensación como forma de pago y el mecanismo de la compensación bancaria. En A. POLO (Coord.). *Estudios de Derecho bancario y*

bursátil: homenaje a Evelio Verdura y Tuells, II, Barcelona: Wolters Kluwer España

LÓPEZ VILAS R. (1999). Comentarios a los artículos 1195 a 1202 del Código civil. En M. ALBALADEJO (Dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (p. 519). T. XVI, Vol. I, 2ª edición. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.

MEDICIS, S. (1573). *Tractatus de compensationibus*, Florencia: Apud Iuntas.

MURILLO VILLAR, A. (2016). La extinción por compensación de las obligaciones mercantiles: una previsible regulación futura de evidente origen romano. En A. A. MALCHER MEIRA, C. CUNHA DA GAMA MALCHER FILHO y F. A. LIMA DE OLIVEIRA (Coords.). *As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea. Em homenagem ao centenário de nascimento do jus comercialista Clóvis Cunha da Gama Malcher* (p. 176 y 204). Vol. 1. Río de Janeiro: Lumen Juris.

O'CALLAGHAN, X. (1996). *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*. La Ley: Madrid.

OLIVENCIA, M. (1958). La compensación en la quiebra y el artículo 926 del Código de comercio. *ADC*, XI, 3, pp. 805-848.

OSUCHOWSKI, W. (1971). Quelques remarques sur la deductio bonorum emptoris et l'interpretation de D.12.2.2. *Studi in onore di Edoardo Volterra* (pp. 364-365). V. II. Milán: Giuffré.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. P. (2000). *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásica*. Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.

- PIACENTINUS, P. (-1194), In Codicis dn. Iustiniani sacratissimi principis ex repetita praelectione libros IX summa, Parisiis, 1553, 244, In librum quartum, Título XXXI: “Nunc dicamus de compensationibus, quibus ipso iure actiones perimuntur”.
- PICHONNAZ, P. (2002). Da Roma a Bologna: l’evoluzione della nozione di *compensatio ipso iure*. *Rivista di Diritto Romano*, II, p. 338 y ss.
- PICHONNAZ, P. (2000). The retroactive effect of set-off (Compensation). *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, LXVIII, pp. 541 y ss.
- POTHIER, R. J. (1761). *Traité des obligations*. Tomo II. París: Ainé.
- PUIG PEÑA, F. (1958). *Tratado de Derecho Civil español*, T. IV, *Obligaciones y contratos*, Vol. 1. *Teoría general de la obligación* (p. 391). 2º edición. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- SOLAZZI, S. (1937). *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, II, Nápoles: Jovene.
- SOLAZZI, S. (1950). *La compensation nel diritto romano*, 2ª edición. Nápoles: Jovene.
- SOLÉ FELIU, J. (2017). La compensación de deudas. Propuestas de reforma del derecho español a la luz de los textos de *soft law* europeos. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 3, pp. 1-42.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (2003). Artículo 58. Prohibición de compensación. *Comentarios a la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio*. Madrid: Tecnos.

WINDSCHEID, B. (1900). *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, Frankfurt: Ratten & Loening.

El agua como derecho humano: evolución de su protección, jurisprudencia y problemáticas actuales

Por Julieta Salomé Rodríguez⁸⁹⁵

“El agua vale más que el oro”
Lema de la Asamblea por el Agua
(Mendoza, Argentina)

I. Introducción

El propósito del presente trabajo es realizar un relevamiento de la protección jurídica del agua a lo largo de la evolución del derecho. Comenzaremos por Roma, donde encontraremos importantes

⁸⁹⁵ Abogada (UFLO Universidad). Directora de la carrera de Abogacía y docente de Derecho Ambiental en la Facultad de Derecho de 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 Álvarez.

obras, algunas todavía en funcionamiento, diseñadas para aprovechar y proteger este recurso vital para el desarrollo de la vida. Posteriormente, analizaremos la situación actual, incluyendo normas locales y resoluciones internacionales que otorgan al agua el estatus de derecho humano. Además, revisaremos la jurisprudencia argentina y abordaremos algunas problemáticas actuales vinculadas con el agua en nuestro continente.

II. Consideraciones previas: el valor intrínseco del agua

Si bien no hace falta explicar qué es el agua, es oportuno destacar que, desde el derecho internacional actual, el acceso al agua potable es considerado un derecho humano.

Pero, yendo un poco más allá de esta perspectiva propia del derecho, donde el valor del agua está dado por su función como recurso, es oportuno destacar el valor intrínseco del agua, ya no considerada como “recurso natural” sino como uno de los tantos “bienes de la naturaleza”, de los cuales los seres humanos nos valemos para nuestra supervivencia, así como también para el desarrollo de nuestras actividades.

Además, desde esta perspectiva, el agua también se vuelve un bien indispensable para la vida de las demás especies con las que compartimos el planeta y de los ecosistemas. Tal es así que vamos a encontrar jurisprudencia en distintos países de Latinoamérica, como es el caso de Colombia, donde, entre otros, el río Magdalena⁸⁹⁶ fue considerado

⁸⁹⁶ En 2019, la Corte Criminal de Neiva, en Colombia, emitió un fallo histórico que reconoció al río Magdalena como sujeto de derechos. Este fallo surgió en respuesta a la contaminación causada por el proyecto hidroeléctrico El Quimbo, que afectó

sujeto de derechos, a los fines de su protección y en favor de las generaciones futuras.

Esta tendencia, que podríamos ubicar dentro de la rama del derecho ambiental, conocida como “derechos de la naturaleza”, ya ha tenido reconocimiento constitucional.

En la Constitución de Ecuador, promulgada en 2008, el capítulo séptimo del Título II, denominado “Derechos de la naturaleza”, establece, en el artículo 71⁸⁹⁷ que la naturaleza, o “Pacha Mama”, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a existir, mantener y regenerar sus ciclos vitales, estructuras, funciones y procesos

gravemente la calidad del agua y los ecosistemas locales. La Corte determinó que el río tiene derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración, obligando al Estado, al sector privado y a las comunidades a garantizar estos derechos. El fallo subraya la importancia del agua no solo como recurso, sino también como un ente que necesita ser protegido para asegurar el derecho a un medio ambiente sano, así como los derechos fundamentales a la vida y la salud de las comunidades que dependen del río. Esta decisión se enmarca en un contexto más amplio de reconocimiento de derechos de la naturaleza en Colombia, que ha visto casos similares para otros ríos como el Atrato (en 2016) y el Cauca (en 2019), donde se han otorgado derechos similares a ríos y sus cuencas. También han sido considerados sujetos de derechos los ríos Coello, Combeima y Cocora. Ver <https://gnhre.org/?p=10467>.

⁸⁹⁷ Artículo 71. “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.”

evolutivos. Y el artículo 72⁸⁹⁸ le otorga el derecho a la restauración. Este enfoque innovador reconoce a la naturaleza como un sujeto de derechos, lo que significa que puede ser defendida y protegida en los tribunales.

Bolivia, por su parte, si bien no ha constitucionalizado los derechos de la naturaleza, los ha reconocido a través de la Ley 71, Ley de Derechos de la Madre Tierra,⁸⁹⁹ del 21 de diciembre de 2010, y de la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien,⁹⁰⁰ del 15 de octubre de 2012.

Estos reconocimientos, normativos y jurisprudenciales, reflejan un movimiento más amplio en América Latina hacia la protección del ambiente y la consideración de la naturaleza como un ente con derechos propios, en lugar de ser simplemente un recurso para la explotación humana.

⁸⁹⁸ Artículo 72. “La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.”

⁸⁹⁹ Ver <https://www.fao.org/faolex/results/details/es/c/LEX-FAOC144985/>.

⁹⁰⁰ Ver <https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N300.xhtml>.

III. El agua en Roma⁹⁰¹

Pasando a lo que fue el tratamiento jurídico del agua como recurso a lo largo de la evolución del derecho romano, vamos a encontrar una gran cantidad de normas y acciones de protección que demuestran la conciencia que los romanos tenían de la importancia del agua, tanto para la vida cotidiana como para el desarrollo y progreso de sus actividades productivas.

En las fuentes jurídicas romanas el agua corriente (*aqua profens*) fue clasificada primero como *res* pública de uso público, más adelante del derecho de gentes y finalmente como cosa común a todos desde el punto de vista del derecho natural.

En esta clasificación como *res pública in publico usu o in publico usu iuris gentium* prevalecía el aspecto de libre disponibilidad al uso de todos, con independencia de la condición de ciudadano o de la pertenencia a una determinada comunidad para acceder y usar de ella.

En cuanto a su carácter de extrapatrimonial, lo era en tanto que no era posible que alguien tuviera el dominio exclusivo sobre el agua o que la tuviera en su patrimonio.

Clasificación de la *Res Publicae*:

- *Res in patrimonio populi (o fisci)*: prevalecía el aspecto de pertenencia al pueblo romano.
- *Res in publico usu*: prevalecía el aspecto de libre disponibilidad al uso de todos.

Entre las *res in publico usu* se encuentran: las vías y caminos públicos, el foro, las basílicas y las plazas, los campos o solares públicos,

⁹⁰¹ El contenido de este apartado está basado en el libro *El Agua Res Commune Omnium* (Eudeba, 2015), de Virginia Abelenda, y en el artículo “Roma y los recursos hídricos” de María de las Mercedes García Quintas (*RIDROM*, N° 20, 2018).

los baños y teatros públicos, los lagos de aguas perennes, estanques de aguas intermitentes y canales, el campo de Marte, ríos y puertos, edificios públicos, así como todas aquellas cosas que adquieren dicha condición a través de la *publicatio*. La condición de *res in publico usu* traía como obligación respetar el uso de todos y no incurrir en una utilización abusiva.

Luego se encuentra en las fuentes romanas una categoría más amplia que la de cosas públicas, como es la de *res publicae iuris gentium*. En este punto se consideran a las riberas que no son de nadie y están para el uso de todos por derecho de gentes. Lo mismo aplica para el nuevo cauce natural de un río que comenzó a correr por otra parte. Para Marciano, también es de derecho de gentes el mar. Todo esto es recogido en las *Institutas* de Justiniano, donde se dice que es de derecho de gentes el uso público de las costas como el del mismo mar.

En época clásica tardía a través de Marciano se llega a la categoría más amplia de cosas comunes a todos por derecho natural: “*Quaedam naturali iuri communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur*” (3 *Inst.*, D. 1. 8. 2 pr).⁹⁰²

Son comunes a todos por derecho natural el aire, el agua corriente, el mar y sus costas.

“*Et quidem naturali iuri omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris*” (Marc., 3 *Inst.*, D. 1. 8. 2. 1).⁹⁰³

El hecho de que los bienes de uso público fueran *extra commercium* y garantizaran el derecho igualitario de uso para todos no impedía que el *populus romanus* otorgara concesiones a particulares,

⁹⁰² “Algunas cosas son comunes a todos por derecho natural, otras son de la comunidad, otras no son de nadie, y la mayor parte son de particulares, las cuales se adquieren para cada cual por varias causas”.

⁹⁰³ “1. Y ciertamente son comunes a todos por derecho natural estas cosas: el aire, el agua corriente, y el mar, y consiguientemente las costas del mar”.

como permitirles desviar agua de un río o de un acueducto público para beneficio propio o de sus tierras. En estos casos, se autorizaba una cantidad específica de agua según el concesionario. Si alguien desviaba agua sin la autorización correspondiente o excedía la cantidad permitida, se le imponían sanciones, que podían incluir la confiscación de la tierra regada ilegalmente con agua pública o multas. No se necesitaba concesión alguna para tomar agua de los ríos con el fin de satisfacer necesidades básicas.

Al considerar que las concesiones eran de carácter personal, queda claro que el control estatal sobre los usos privados del agua era muy estricto. El acceso público o común al agua se aseguraba mediante la supervisión de los magistrados y, posteriormente, de los curadores, procuradores y cónsules, así como a través de la acción por injurias y los interdictos.

A lo largo del tiempo, el uso y aprovechamiento de los recursos hídricos ha experimentado transformaciones. En las épocas más remotas, se llevaron a cabo la mayoría de las divisiones de terrenos, incluyendo los cursos de agua que los atravesaban.

Hacia la época de Justiniano, se destacó el incremento de las aguas públicas.

El acceso a estas aguas se regulaba mediante procedimientos que permitían a cada persona utilizarlas según sus necesidades, sin obstruir el uso de los demás.

En Roma, la intervención fue significativa, tanto desde el punto de vista físico, con obras de desecación y encauzamiento, como desde el ámbito legal, mediante un sistema completo que abarcaba servidumbres, áreas de exclusión, desvíos hacia tierras de cultivo y viviendas y regulaciones sobre acueductos. La abundancia de ríos en la península itálica y la expansión del Imperio contribuyeron al desarrollo de la concepción jurídica de los ríos, pasando de ser de un recurso privado a uno público. La necesidad de suministrar agua a una mayor cantidad de personas llevó al establecimiento de un sistema detallado de concesiones de agua, tanto en zonas rurales

para la producción agrícola, como en las ciudades, desde los *castella* de los acueductos. El uso privado del agua proveniente de los *castella* hacia las viviendas era raro y reservado para los ciudadanos más destacados.

La naturaleza no permanente de ciertos cursos de agua. Su flujo constante y la necesidad de su disponibilidad para el consumo humano e industrial generaron la creación de mecanismos continuos para asegurar el acceso al agua a todos, así como herramientas de protección legal mediante interdictos y acciones. Además de las complejas obras diseñadas para mitigar los efectos destructivos de las crecidas de los ríos, hacia el final de la República y el inicio del Principado se empezaron a implementar medidas para controlar y centralizar la información sobre las desviaciones de los ríos de mayor tamaño, todo bajo la regulación del poder central. Como consecuencia de ello, se eliminó el régimen anterior que permitía el uso libre de los recursos hídricos.

IV. El derecho al agua en la normativa internacional de derechos humanos

La normativa internacional ha reconocido el derecho humano al agua potable y al saneamiento como un derecho esencial para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la vida, la salud y la dignidad. Este reconocimiento ha sido incorporado principalmente a través de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Consejo de Derechos Humanos y otros organismos internacionales.

Los principales instrumentos y normativas internacionales que consagran este derecho son los siguientes:

II. 1. Resolución 64/292 de la Asamblea General de la ONU, aprobada el 28 de julio de 2010⁹⁰⁴

En esta resolución histórica, la Asamblea General de la ONU reconoció explícitamente el derecho humano al agua potable y al saneamiento. Estableció que el acceso al agua limpia y segura es un derecho esencial para la realización de todos los derechos humanos.

La resolución llama a los Estados y a las organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, ayudar en la transferencia de tecnología y mejorar la capacidad de los países, especialmente los menos desarrollados, para garantizar el acceso universal al agua potable y al saneamiento.

II. 2. Resolución A/HRC/RES/15/9 del Consejo de Derechos Humanos del 6 de octubre del 2010⁹⁰⁵

Esta resolución reafirma el reconocimiento del derecho humano al agua potable y al saneamiento (puntos 2 y 3).

Reafirma que los Estados tienen la responsabilidad primordial de garantizar la plena realización de todos los derechos humanos y que el hecho de haber delegado en terceros el suministro de agua potable segura y/o servicios de saneamiento no exime al Estado de sus obligaciones en materia de derechos humanos (punto 6).

Exhorta a los Estados para que adopten planes de acción nacionales, políticas públicas, y legislación para asegurar el acceso al agua y al saneamiento sin discriminación, con especial atención a las poblaciones vulnerables (punto 8).

⁹⁰⁴ Ver https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml.

⁹⁰⁵ Ver <https://www.ohchr.org/es/water-and-sanitation/resolutions>.

*II. 3. Comentario General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de noviembre de 2002*⁹⁰⁶

Define el derecho humano al agua como el derecho de toda persona a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico.

Establece factores que aplican en cualquier circunstancia. Ellos son:

- La disponibilidad: El agua debe estar disponible de forma continua y en cantidad suficiente para usos personales y domésticos.⁹⁰⁷
- La calidad: El agua debe ser segura y libre de contaminantes que puedan suponer un riesgo para la salud.
- La accesibilidad (física y económica): El agua debe estar disponible a un precio asequible y físicamente accesible para todos los sectores de la población, sin discriminación.

*II. 4. Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la ONU*⁹⁰⁸

El Objetivo 6, “Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos”, busca asegurar para el año 2030 el acceso universal y equitativo a agua potable segura, asequible, y saneamiento adecuado para todos.

Incluye metas relacionadas con la calidad del agua, la eficiencia en

⁹⁰⁶ Ver <https://www.refworld.org/es/leg/coment/cescr/2003/es/39347>.

⁹⁰⁷ De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), son necesarios entre 50 y 100 litros de agua por persona y día para garantizar que se cubren las necesidades más básicas. Ver https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml.

⁹⁰⁸ Ver <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/>.

el uso del agua, la protección de ecosistemas hídricos y la participación de las comunidades en la gestión de los recursos hídricos.

*II. 5. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*⁹⁰⁹

En el artículo 14 se establece que los Estados deben garantizar que las mujeres en áreas rurales tengan acceso adecuado a servicios de agua potable y saneamiento, subrayando la importancia del acceso al agua para las mujeres como un aspecto crucial de sus derechos.

*II. 6. Convención sobre los Derechos del Niño (1989)*⁹¹⁰

El artículo 24 reconoce el derecho de los niños a disfrutar del más alto nivel posible de salud y llama a los Estados a asegurar el acceso a agua potable limpia y medidas de saneamiento adecuadas para reducir la mortalidad infantil.

*II. 7. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)*⁹¹¹

Aunque no menciona específicamente el agua, el artículo 25 establece el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, que incluye la salud, el bienestar y el acceso a servicios básicos, entre los cuales se incluye el acceso al agua potable y al saneamiento.

⁹⁰⁹ Ver <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>.

⁹¹⁰ Ver <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

⁹¹¹ Ver <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

*II. 8. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006)*⁹¹²

En el artículo 28, punto 2, apartado a), se resalta la necesidad de garantizar el acceso al agua potable y saneamiento para las personas con discapacidad, como parte del derecho a vivir de manera independiente y participar plenamente en la comunidad.

*II. 9. Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente. Principios de Dublin (1992)*⁹¹³

Estos principios sentaron las bases para el manejo sostenible del agua. Uno de los principios clave es que el agua tiene un valor económico y debe ser gestionada como un recurso escaso. Sin embargo, también subraya que el acceso al agua es un derecho humano básico, y debe asegurarse su acceso a precios asequibles.

III. El agua en el orden jurídico argentino

En Argentina, la protección del agua como recurso natural está respaldada por diversas normas. Estas son las más relevantes podemos mencionar:

⁹¹² Ver <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.

⁹¹³ Ver <https://gsagua.com/wp-content/uploads/2014/07/1992-declaracion-de-dublin-sobre-el-agua-y-el-ds.pdf>.

III. 1. Constitución Nacional

La reforma constitucional de 1994 introdujo, dentro del capítulo segundo “Nuevos Derechos y Garantías” al artículo 41,⁹¹⁴ que se convirtió así en la cláusula constitucional ambiental bajo la cual quedan amparadas todas las normas del derecho ambiental. Este artículo establece el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado y adecuado para el desarrollo humano, y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. Asimismo, menciona la obligación de las autoridades de proteger los recursos naturales, incluidos los recursos hídricos.

Además, es importante en este punto hacer referencia al último párrafo del artículo 124⁹¹⁵ de la Constitución Nacional, ya que en él se establece que “corresponde a las provincias el dominio originario

⁹¹⁴ Artículo 41. “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 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”.

⁹¹⁵ Artículo 124. “Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al

de los recursos existentes en su territorio”. Esta cláusula constitucional es la que da origen al sistema de normas de presupuestos mínimos del derecho ambiental argentino.

III. 2. Código Civil y Comercial de la Nación

En este punto cabe mencionar, en primer lugar, que se plantea una inconsistencia básica en tanto que el régimen de las aguas implica un contenido que excede el ámbito civil, teniendo en cuenta lo mencionado en el punto anterior en cuanto al dominio originario de los recursos y el sistema federal argentino.

Sin embargo, el Código Civil de Vélez, sancionado en el contexto de un Estado naciente, fue un marco rector que trascendió la mera legislación civil y, ante la falta de progreso en la legislación de los recursos naturales de esa época, asumió ese rol de regulador de las actividades vinculadas al aprovechamiento de la naturaleza.

Por otra parte, esta regulación se convierte en un instrumento idóneo para hacer efectiva la tutela ambiental de los bienes incluidos en el régimen de dominio público.

Las novedades que trae el Código Civil y Comercial de la Nación con respecto al Código de Vélez son la inclusión del ambiente periglacial en el dominio público, la reafirmación del criterio para la determinación de la línea de ribera (*plenisimum flumen* o promedio de las máximas crecidas ordinarias) y la eliminación dentro del ámbito de las aguas privadas de la distinción entre fuentes y vertientes. También la inclusión de los lagos no navegables sin dueño en el

gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

dominio privado del Estado, la reducción de la franja del camino de sirga y una simplificación en el régimen de servidumbres, limitándose a algunas específicas.

Encontramos las normas que regulan el uso y propiedad del agua en el Libro Primero, Título III, Capítulo 1, Sección Segunda (“Bienes con relación a las personas”), artículos 235 a 239, del Código Civil y Comercial de la Nación.

Así, el artículo 235⁹¹⁶ va a establecer cuáles son los bienes que pertenecen al dominio público. Los vinculados con el agua son los

⁹¹⁶ Artículo 235. “Bienes pertenecientes al dominio público. Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo; b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso; c) los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río, el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos; d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que

siguientes: el mar territorial; las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial, y toda otra agua que tenga o adquiera aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas; las islas formadas o que se formen en el mar territorial.

Por su parte, el artículo 236⁹¹⁷ regula los bienes de dominio privado del Estado (los lagos no navegables que carecen de dueño) y en el artículo 237⁹¹⁸ se determinan los caracteres de las cosas del Estado que serán inenajenables, inembargables e imprescriptibles.

pertenecen a particulares; e) el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial; f) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; g) los documentos oficiales del Estado; h) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos”.

⁹¹⁷ Artículo 236. “Bienes del dominio privado del Estado. Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales: a) los inmuebles que carecen de dueño; b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería; c) los lagos no navegables que carecen de dueño; d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros; e) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título”.

⁹¹⁸ Artículo 237. “Determinación y caracteres de las cosas del Estado. Uso y goce. Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales. La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos 235 y 236.

Además, establece que las personas tendrán su uso y goce y que la Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local, determinarán el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los artículos 235 y 236.

Por último, en el artículo 239⁹¹⁹ se regula lo referido a las aguas de los particulares. Se establece que aquellas aguas que surgen en los terrenos de los particulares son de sus dueños, que pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural ya que en ese caso pasarían a pertenecer al dominio público. Asimismo, se establece que nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros, ni en mayor medida de su derecho.

La doctrina señala que el Código Civil y Comercial de la Nación mantuvo en esencia el sistema mixto de propiedad sobre las aguas desaprovechando la ocasión de la reforma para ponerse a tono con la tendencia consolidada de declarar la publicidad de todas las aguas.⁹²⁰

⁹¹⁹ Artículo 239. "Aguas de los particulares. Las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural. Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho. Pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales. Los particulares no deben alterar esos cursos de agua. El uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles. El hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno".

⁹²⁰ PINTO, M. y LIBER, M. (2015). El Régimen de las aguas en el nuevo Código Civil y Comercial y su compatibilidad para la tutela ambiental. *Revista de Derecho Ambiental*, 43, p. 109.

III. 3. Ley General del Ambiente N° 25.675 (sancionada el 6 de noviembre de 2022)⁹²¹

Esta ley establece el marco normativo de interpretación y aplicación de las restantes leyes que conforman el plexo normativo del derecho ambiental argentino.

No tiene regulación específica referida al agua como recurso, sin embargo, vamos a encontrar en ella cuestiones relevantes que hacen a la protección de todos los recursos como la determinación de los objetivos de la política ambiental nacional, la enumeración de los principios de la política ambiental donde se destacan como distintivos de la materia ambiental, el principio precautorio y el de equidad intergeneracional, y también la enumeración de los instrumentos de la política y la gestión ambiental.

Esta ley promueve, entre otras cosas, la evaluación de impacto ambiental de las actividades, la educación ambiental, el acceso público a la información ambiental y la participación ciudadana en cuestiones que se relacionen con la preservación y protección del ambiente. Además, regula las cuestiones vinculadas al daño ambiental.

III. 4. Ley 25.688. Régimen de Gestión Ambiental de Aguas (sancionada el 28 de noviembre de 2002)⁹²²

Establece los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional.

Define lo que se entiende por agua y por cuenca hídrica superficial

⁹²¹ Ver <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>.

⁹²² Ver <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/80000-84999/81032/norma.htm>.

a los fines de la ley y el carácter indivisible de éstas a los fines de la gestión del recurso.

Crea los comités de cuencas hídricas para los casos de las cuencas interjurisdiccionales y define lo que se entiende por utilización del agua a los efectos de la ley.

Establece la necesidad de contar con el permiso de la autoridad competente para utilizar las aguas que son objeto de la ley y determina funciones que la autoridad nacional deberá cumplir.

III. 5. Ley 26.639. Régimen de Presupuestos Mínimo para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial (sancionada el 30 de septiembre de 2010)⁹²³

Esta ley constituye un hito fundamental en la protección de los recursos hídricos y la defensa del ecosistema de la cordillera de los Andes. Luego del veto presidencial que sufrió el proyecto de ley de 2008, se presentó uno nuevo aprobado por la Cámara de Diputados y sancionado por un escaso margen en el Senado en septiembre de 2010.

El objeto de la ley es preservar los glaciares y el ambiente periglacial como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano, la agricultura, la recarga de cuencas hidrográficas, la protección de la biodiversidad, como fuente de información científica y como atractivo turístico. Establece, asimismo, que los glaciares son bienes de carácter público.

En su artículo segundo define lo que se entiende por glaciar y ambiente periglacial, protegiendo estas zonas fundamentales en el ciclo de producción del agua dulce de tal forma que su cumplimiento

⁹²³ <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/170000174999/174117/norma.htm>.

impide la instalación de emprendimientos de megaminería y el uso indiscriminado de los recursos hídricos para obtener los millones de litros diarios que necesitan para sus tareas extractivas.

Crea, además, un Inventario Nacional de Glaciares a cargo del Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales (IANIGLA).

Y en su artículo sexto prohíbe diversas actividades que puedan afectar la condición natural o las funciones establecidas en el objeto de la ley de los glaciares.

Para todas las actividades proyectadas en glaciares y en el ambiente periglacial que no se encuentren prohibidas, establece la obligatoriedad de cumplir con un procedimiento de evaluación de impacto ambiental y de evaluación ambiental estratégica.

A más de diez años de su sanción, esta ley, que es fundamental para la protección de los recursos hídricos de nuestro país, ha sido permanentemente obstaculizada, lo que ha imposibilitado su aplicación plena y efectiva.

Cabe mencionar, por último, que la reciente sanción de la Ley 27.742 (Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, BO 08/07/2024), en la cual se incluye el Régimen de Incentivo para Grandes Inversiones (RIGI), pone en peligro la eficacia y aplicación tanto de la Ley de Glaciares como del resto de las normas vigentes en materia ambiental, debilitando los mecanismos de protección y gestión sostenible de los recursos naturales sin tener en cuenta los planteos de inconstitucionalidad⁹²⁴ que le caben, por ir en contra del sistema federal y de ceder soberanía jurídica en el caso de controversias entre el Estado y el inversor.

⁹²⁴ DELFINO, E. (2024, 15 de mayo). Advierten que el RIGI daría a las mineras privilegios sobre el agua e imposibilitaría sancionar leyes ambientales. *El Diario.ar*. https://www.eldiarioar.com/politica/advierten-rigi-daria-mineras-privilegios-agua-e-imposibilitaria-sancionar-leyes-ambientales_1_11366560.html

III. 6. Normas Provinciales. Ley 14.782 en la provincia de Buenos Aires

Cada provincia puede tener su propia legislación sobre la gestión y protección de los recursos hídricos, en consonancia con las normas nacionales y considerando las particularidades locales.

En este punto, teniendo en cuenta la jurisprudencia que se va a mencionar en el próximo apartado cabe hacer referencia a la Ley 14.782⁹²⁵ (BO 21/12/2015) de la provincia de Buenos Aires, en la cual se reconoce el acceso al agua potable y al saneamiento como un derecho humano esencial para la vida.

Esta ley, de tan solo 8 artículos, define los siguientes conceptos:

- Derecho humano al agua: Se entiende el derecho de todas las personas a disponer oportunamente de agua suficiente, salubre, aceptable y accesible para el consumo y uso personal y doméstico.
- Saneamiento: Se entiende el conjunto de acciones técnicas, socioeconómicas y políticas de salud pública que tienen por objetivo el manejo sanitario del agua potable, las aguas residuales y excretas, los residuos sólidos y los hábitos higiénicos que reducen los riesgos para la salud y previenen los impactos sobre el medio ambiente, cuya finalidad última es la promoción y el mejoramiento de condiciones de vida de la población urbana y rural.

Además, establece determinadas garantías y obligaciones para la autoridad de aplicación, a la cual le impone la obligación de adoptar medidas para proteger a los miembros más vulnerables de la sociedad en tiempos de grave escasez de recursos.

⁹²⁵ Ver <https://normas.gba.gob.ar/ar-b/ley/2015/14782/2605>.

Determina las características del acceso al agua y al saneamiento, el cual deberá ser oportuno, suficiente, aceptable y de calidad, y a tal fin establece cierto tipo de medidas que la autoridad de aplicación deberá adoptar.

En los fundamentos de la ley se destaca la referencia a las estadísticas que indican que más de 894 millones de personas en el mundo no tienen acceso a la cantidad de agua potable que la ONU señala como mínimo diario para los usos domésticos (50 litros diarios) y 2600 millones de personas no tienen acceso a sistemas de saneamiento de ningún tipo.

III. 7. Proyectos de ley⁹²⁶

En la actualidad es posible encontrar por lo menos 18 proyectos de ley, presentados entre el año 2000 y el 2024, en los cuales se busca declarar, a nivel nacional, el derecho humano al agua y al saneamiento, tal como lo hace la Ley 14.782 de la provincia de Buenos Aires. La mayoría de ellos ha perdido estado parlamentario.

El expediente 1409-D-2024,⁹²⁷ presentado el 11 de abril de 2024 por el diputado de la provincia de Jujuy, Guillermo Snopek, consta de seis artículos en los cuales:

- a) Se establece el derecho humano al acceso al agua potable para uso personal y doméstico con fines vitales, en condición suficiente, saludable, aceptable, accesible y asequible.
- b) Las autoridades deberán llevar a cabo los programas y planes de inversión a los fines de cumplir con la satisfacción del derecho

⁹²⁶ Ver <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/resultado.html>.

⁹²⁷ <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2024/PDF2024/TP2024/1409-D-2024.pdf>

- y garantizando en todo momento el acceso a la información ambiental y la participación ciudadana.
- c) La falta de pago del servicio de provisión de agua no podrá dar lugar a la interrupción del suministro por parte de la prestadora, que deberá mantener un flujo para el uso con fines vitales
 - d) Toda persona que vea afectado su derecho podrá accionar por vía administrativa (además de judicialmente).
 - e) Se declara de interés público la promoción del uso racional, equitativo y sustentable del agua, a fin de preservar la salud y la vida de las personas, los pueblos y los ecosistemas.

Por su parte, el proyecto de la diputada Inés Carolina Yutrovic, de la provincia de Tierra del Fuego, ingresado el 21 de marzo de 2024 bajo el número de expediente 963-D-2024⁹²⁸, consta de diez artículos. Se destacan los siguientes aspectos:

- a) Luego de establecer el acceso al agua potable en cantidad y calidad suficientes para usos personales y domésticos como derecho humano de todos los habitantes de la nación argentina, destaca que en la utilización del agua se dará prioridad a los usos domiciliarios y domésticos y a las actividades productivas de subsistencia.
- b) Este derecho humano al agua comprende la disponibilidad (abastecimiento continuo, regular y suficiente), la calidad (agua potable o apta para cada uso) y la accesibilidad (al alcance físico y económico de todas las personas).
- c) El Estado en sus distintos niveles, debe garantizar el acceso a los servicios de agua potable a las personas que no puedan acceder a éstos.
- d) También establece que los prestadores no podrán interrumpir

⁹²⁸ <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2024/PDF2024/TP2024/0963-D-2024.pdf>

el suministro por falta de pago, debiendo mantener un flujo para fines vitales.

- e) El Estado y las prestadoras deberán garantizar la información y consulta previa y participación de la ciudadanía, usuarios y sectores de la comunidad en las decisiones o procesos que puedan afectar el ejercicio de su derecho humano al agua potable.
- f) En los casos en los cuales se vean afectadas comunidades indígenas se dará estricto cumplimiento al Convenio 160 de la OIT (ratificado por la Ley 24.071).
- g) La utilización del agua potable deberá sujetarse a los principios de sustentabilidad y equidad, a fin de garantizar su uso por las generaciones presentes y futuras.

Se puede apreciar en este proyecto de ley un especial interés en proteger el uso doméstico del agua y los derechos de las comunidades indígenas, por encima de las utilidades industriales del agua en actividades como la minería del litio, problemática actual en el norte de nuestro país.

El proyecto presentado en el año 2023 no difiere significativamente de los ya mencionados.

Por el contrario, la iniciativa propuesta por el diputado de la provincia de Córdoba Eduardo Fernández en 2022 hace referencia a la necesidad de garantizar la calidad del agua potable para que esté libre de sustancias o microorganismos nocivos para la salud. A tal fin, su proyecto de ley contiene definiciones de “plaguicida” y “total plaguicidas” y determina el valor máximo para éstas y otras sustancias con relación a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano. Asimismo, establece que quienes realicen la prestación de los servicios públicos de provisión de agua potable, de modo trimestral, deberán informar sobre el control del nivel de arsénico, plaguicidas, tritio y microcistinas a la autoridad de aplicación.

Por último, del proyecto de ley presentado en febrero de 2021

por la diputada Fernanda Vallejos,⁹²⁹ de la provincia de Buenos Aires, es destacable:

- a) La declaración del agua como bien estratégico, de interés nacional, de dominio inalienable e imprescriptible del Estado.
- b) La prohibición de toda forma de privatización del agua y del ingreso al mercado de capitales de valores negociables en cualquiera de sus modalidades que tengan como objeto de manera directa o indirecta derechos sobre el agua o su uso.

Dentro de los fundamentos de este proyecto se hace mención a que en diciembre de 2020 se difundió a nivel internacional la noticia de que en la bolsa de valores de Nueva York empezaron a cotizar contratos futuros de agua basados en el índice NQH20 (índice creado por Nasdaq junto con empresas financieras y consultoras especializadas en la valoración del agua). Y se destaca lo señalado por el relator especial de la ONU para los derechos humanos al agua y al saneamiento, Pedro Arrojo Agudo, quien sostuvo que “es una noticia peligrosísima, muy mala”, ya que implica que el agua podría transformarse en un *commodity*, es decir, pasar a ser una mercancía, como el petróleo o el oro.

IV. Jurisprudencia argentina: fallos Kersich y Caselles y otras causas actuales vinculadas con el agua potable

La jurisprudencia argentina vinculada con la cuestión del agua es imposible de abarcar en este trabajo, por su cantidad y la multiplicidad

⁹²⁹ <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/7114-D-2020.pdf>

de cuestiones sometidas a la decisión de los tribunales. Es por eso que a continuación se hará mención de las causas en las cuales se ha hecho referencia al agua como derecho humano, principalmente vinculadas a la calidad y condiciones para su consumo doméstico, en la provincia de Buenos Aires.

*IV. 1. Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ Amparo. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 2 de diciembre de 2014*⁹³⁰

En esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina reconoce de manera explícita el derecho humano al acceso al agua potable. Es un hito en el derecho argentino porque enfatiza la obligación del Estado de garantizar este recurso esencial para la vida y la salud, vinculándolo con la protección de la dignidad humana.

El caso surge en 2014, cuando un grupo de vecinos de la localidad de 9 de Julio, provincia de Buenos Aires, demandó al municipio y al gobierno provincial debido a la contaminación del agua potable en su comunidad. El agua que recibían contenía niveles excesivos de arsénico, lo que constituía un grave riesgo para la salud de los habitantes.

Los vecinos exigieron que se garantizara el suministro de agua apta para el consumo humano. Invocaron el derecho a la salud, el derecho a un ambiente sano (artículo 41 de la Constitución Nacional) y el derecho al acceso al agua potable, basado en los compromisos asumidos por Argentina en tratados internacionales de derechos humanos.

En su fallo, la Corte Suprema consagró explícitamente el derecho humano al agua potable, afirmando que:

⁹³⁰ Ver <https://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-kersich-juan-gabriel-otros-aguas-bonaerenses-sa-otros-amparo-fa14000188-2014-11-27/123456789-881-0004-1ots-eupmocsollaf>.

- a) El acceso al agua es indispensable para la vida humana y debe ser garantizado por el Estado.
- b) Este derecho deriva no solo de la Constitución Nacional, sino también de los tratados internacionales de derechos humanos que Argentina ha ratificado, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que establece la obligación de los Estados de garantizar el acceso al agua segura y suficiente.
- c) La contaminación del agua, en particular la presencia de altos niveles de arsénico, vulnera el derecho a la salud y a la dignidad de las personas.

La Corte impuso al municipio y a la provincia de Buenos Aires la obligación de tomar medidas urgentes y concretas para proveer agua potable a los habitantes afectados, desarrollar planes de saneamiento del agua a largo plazo para evitar la contaminación futura y garantizar la disponibilidad de agua segura, suficiente, accesible y de calidad.

Este fallo no solo benefició a los habitantes de 9 de Julio, sino que sentó un precedente jurisprudencial que refuerza el derecho humano al agua potable en todo el país. También impuso una mayor responsabilidad al Estado en cuanto a la provisión y control de los recursos hídricos para garantizar la salud pública.

IV. 2. Caselles, Ezequiel Pedro y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ Amparo. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Sentencia del 24 de octubre de 2023⁹³¹

En esta causa, Ezequiel Caselles y otros vecinos de la localidad

⁹³¹ Ver <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=189361>.

de Chivilcoy, provincia de Buenos Aires, junto con el defensor del pueblo de Chivilcoy y el de la provincia iniciaron un amparo contra la empresa Aguas Bonaerenses S.A. (ABSA), encargada de proveer el servicio de agua potable, y contra el Estado provincial. Los demandantes alegaban que el agua suministrada por la empresa contenía niveles elevados de arsénico, superiores a los establecidos por el Código Alimentario Argentino en su artículo 982,⁹³² lo cual representaba un riesgo para la salud de los habitantes. Y solicitaban que se agilizaran los trámites licitatorios de la instalación de una planta potabilizadora por ósmosis inversa y que ésta fuera terminada en el plazo de seis meses. Asimismo, que se informara mensualmente sobre el grado de avance de la obra y que el organismo de contralor (OCABA) realizara informes bimestrales y dictaminara si la obra comprometida era suficiente para proveer el servicio de agua potable dentro de los parámetros establecidos por el Código Alimentario Argentino.

En este caso, la controversia giraba en torno al límite máximo permitido de arsénico toda vez que tanto ABSA como el Estado provincial consideraban vigente el límite máximo de 0,05 mg/l y los actores sostenían que se debía respetar lo establecido por el artículo 982 del Código Alimentario Argentino, que fija un valor máximo de arsénico de 0,01 mg/l.

El fallo consideró acreditada la presencia de arsénico y que si bien había dos resoluciones que postergaron durante diez años la entrada en vigencia del parámetro más restrictivo, los plazos estaban vencidos y no parecía razonable dilatar sin plazo determinado la adecuación a parámetros más exigentes, teniendo en cuenta el carácter cancerígeno del arsénico orgánico.

La Suprema Corte de Justicia sostuvo que el cotejo de las normas con las circunstancias probadas exhibía una lesión manifiesta

⁹³² Ver http://www.conal.gob.ar/sitio/_pdf/20240430163403.pdf.

a garantías fundamentales, como lo es el derecho a la salud, protegido constitucionalmente. Y consideró suficientemente acreditado que la calidad del agua que ABSA proveía en Chivilcoy para el consumo humano entrañaba un peligro cierto a la salud de los habitantes de la zona.

IV. 3. Rodríguez Ana Lucía y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ Incidente de Amparo. Sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de San Martín, provincia de Buenos Aires, del 20 de febrero de 2024⁹³³

Este fallo, de características similares a los reseñados previamente, se da en el contexto de un reclamo iniciado por vecinos del municipio de Marcos Paz, provincia de Buenos Aires, y en este caso se agrega que, además de contener arsénico en cantidades muy superiores a los límites establecidos por el artículo 982 del Código Alimentario Argentino, las muestras presentadas como prueba en el expediente daban cuenta de la presencia de distintos agrotóxicos que no tienen establecidos parámetros de seguridad en el Código Alimentario Argentino, y por lo tanto, no son monitoreados ni controlados.

La enumeración de las causas judiciales podría continuar pero como el eje de los reclamos gira en torno a las mismas cuestiones (la calidad del agua potable provista por ABSA para el consumo de los habitantes de distintos municipios de la provincia de Buenos Aires no cumple con los parámetros máximos de arsénico exigidos por el artículo 982 del Código Alimentario Argentino, poniendo en riesgo el derecho a la salud de las personas), solo nos limitaremos a mencionar otros

⁹³³ DIARIO JUDICIAL (2023, 1° de noviembre). Fumigaciones medidas. <https://www.diariojudicial.com/news-96326-fumigaciones-medidas>.

municipios donde se han dado reclamos y sentencias por estas mismas cuestiones. Ellos son, entre otros, Junín (Caso Boragina), Alberti (Caso Solari), Carlos Casares (Caso Conde Florit) y, recientemente, la Cámara Contencioso Administrativo de La Plata declaró la admisibilidad del amparo interpuesto por la Asamblea Ecos de Saladillo para que las autoridades municipales informen sobre la situación del agua que consume la población de ese distrito.⁹³⁴

Podemos concluir que estas acciones reflejan una problemática extendida en la provincia, especialmente en áreas donde el arsénico y otros contaminantes afectan el agua subterránea, que es la principal fuente de agua potable en muchas localidades. Los amparos buscan proteger el derecho a la salud y exigir al Estado y a las empresas responsables que adopten medidas urgentes para garantizar el acceso a agua potable segura y adecuada, un derecho, como hemos ido desarrollando, reconocido en la Constitución Nacional y en tratados internacionales, entre otros.

V. Otras cuestiones recientes vinculadas con el agua en Argentina y Latinoamérica

En este apartado haremos una breve referencia a cuestiones actuales que ponen de manifiesto las problemáticas socioambientales vinculadas con el agua.

En Argentina, haremos referencia a tres acontecimientos:

⁹³⁴ NATURALEZA.AR (2024, 21 de septiembre). La Justicia de La Plata declara admisible un amparo por información por el agua que se consume en Saladillo. <https://naturaleza.ar/contenido/3637/la-justicia-de-la-plata-declara-admisible-un-amparo-por-infomacion-por-el-agua-q>.

V. 1. Mendoza y la Ley 7722⁹³⁵

A principios de los 2000, varias empresas mineras comenzaron a buscar la explotación de recursos en la región andina de Mendoza, utilizando el método de minería a cielo abierto, que implica el uso de sustancias químicas tóxicas como el cianuro y el ácido sulfúrico para extraer minerales. Este tipo de prácticas conllevan un alto riesgo de contaminación de las fuentes de agua, especialmente en una provincia semiárida como Mendoza, donde el agua es un recurso escaso y vital para la agricultura, la industria y el consumo humano.

Las asambleas ambientales de diversas localidades de Mendoza se organizaron para resistir la llegada de la megaminería. Los ciudadanos, preocupados por la contaminación de los ríos y la posible escasez de agua, comenzaron a reunirse y formar asambleas populares. Estas asambleas movilizaron a miles de personas y realizaron marchas, cortes de ruta y protestas.

A través de sus movilizaciones, las asambleas lograron poner el tema en la agenda pública y política. En 2007, gracias a la fuerte presión social y al consenso generado, la Legislatura de Mendoza sancionó la Ley 7722, que prohíbe el uso de sustancias tóxicas como el cianuro, el mercurio y el ácido sulfúrico en los procesos de minería metalífera en la provincia.

Además, obliga a que cualquier proyecto de minería deba ser aprobado por la Legislatura provincial, garantizando un control político sobre la actividad y establece que los estudios de impacto ambiental de los proyectos mineros deben ser rigurosamente revisados, con un enfoque en la protección de los recursos hídricos.

En varias ocasiones, sectores promineros y el gobierno provincial intentaron modificar o derogar la Ley 7722 para permitir la

⁹³⁵ Ver <https://www.argentina.gob.ar/normativa/provincial/ley-7722-123456789-0abc-defg-227-7000mvorpyel/actualizacion>.

explotación minera. El caso más resonante ocurrió en diciembre de 2019, cuando la Legislatura mendocina aprobó una reforma que flexibilizaba las restricciones establecidas en la ley y permitía el uso de sustancias tóxicas bajo ciertos controles.

Inmediatamente después de la aprobación de la reforma se produjeron masivas movilizaciones en toda la provincia. Las asambleas ambientales, junto a ciudadanos preocupados, organizaron marchas multitudinarias en la capital provincial, cortes de rutas y bloqueos en distintos puntos de la provincia. La protesta más grande, conocida como la “Marcha por el Agua”, congregó a decenas de miles de personas.

Ante la enorme presión social, el gobierno provincial finalmente decidió anular la reforma de la ley en diciembre de 2019. El gobernador Rodolfo Suárez anunció la derogación de la modificación, manteniendo en vigor la Ley 7722 en su forma original. Este fue considerado un triunfo histórico del movimiento ambientalista y de la sociedad civil en la protección del agua.

V. 2. Chubut y la modificación de la Ley 5001⁹³⁶

En Chubut, históricamente, han existido tensiones en torno a la posibilidad de desarrollar proyectos de minería a gran escala, especialmente debido al uso intensivo de agua y sustancias tóxicas como el cianuro, en una región que ya sufre escasez hídrica. Desde 2003, en la provincia existía la Ley 5001, que prohibía la actividad minera a cielo abierto y el uso de productos químicos peligrosos como el cianuro. Sin embargo, sectores políticos y económicos promineros buscaron modificar esta ley para permitir

⁹³⁶ Este resumen está basado en el libro *No fue no: una crónica del Chubutazo* (Remitente Patagonia, 2022), de Martín Ulacia.

la explotación minera en ciertas zonas, lo que generó una fuerte oposición social.

En diciembre de 2021, la Legislatura de Chubut aprobó una modificación a la Ley 5001 mediante la Ley 128/2021, que habilitaba la minería en determinadas zonas de la provincia, bajo el eufemismo de “zonificación minera”.

Esta modificación permitiría la explotación de proyectos mineros en la meseta chubutense, una zona semiárida, pero generó indignación en amplios sectores de la población que consideraban que la minería a gran escala pondría en riesgo los recursos hídricos y el ambiente en general.

La aprobación de la ley desató una ola de protestas masivas en diferentes ciudades de la provincia, especialmente en Rawson, Trelew, Puerto Madryn y Comodoro Rivadavia. Las manifestaciones fueron organizadas principalmente por asambleas ciudadanas, grupos ambientalistas y comunidades locales, que venían luchando contra la minería durante muchos años.

Las marchas se realizaron bajo el lema “No es no”, que sintetizaba el rechazo absoluto a la megaminería, movilizando a miles de personas en las calles.

Las manifestaciones no cesaron y las protestas se intensificaron a medida que más sectores de la población, como los sindicatos y trabajadores de diferentes áreas, se sumaron al rechazo a la minería.

Ante la masividad de las movilizaciones y el creciente descontento social, el gobernador de Chubut, Mariano Arcioni, quien había promovido la ley, se vio obligado a dar marcha atrás. El 20 de diciembre de 2021, solo unos días después de su sanción, anunció que enviaría un proyecto a la Legislatura para derogar la Ley 128/2021, lo cual se concretó en una sesión extraordinaria.

V. 3. El Delta del Paraná⁹³⁷

Recientemente, la Asociación Argentina de Abogados y Abogadas Ambientalistas junto con el colectivo de Acción por la Justicia Ecosocial han solicitado al gobierno nacional la urgente convocatoria del Comité de Emergencia Ambiental del Delta (creado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2020) debido a que la bajante extrema del río y los incendios irregulares han alcanzado niveles críticos. El impacto de esta crisis pone en riesgo los ecosistemas del delta y la seguridad hídrica de millones de personas que dependen de esta región.

Desde la Asociación Argentina de Abogados y Abogadas Ambientalistas explican que los humedales del delta del Paraná cumplen una función vital en la preservación de la biodiversidad y del equilibrio ecológico de la cuenca del Plata. Hoy en día se encuentran amenazados por la crisis hídrica, los dragados descontrolados y la continuidad de incendios que aceleran la degradación de este ecosistema único.

Por otra parte, podemos destacar algunos sucesos recientes en otros países de nuestro continente vinculados con el agua:

V. 4. Escasez de agua en Uruguay^{938, 939}

En 2023, Uruguay enfrentó una grave crisis de escasez de agua,

⁹³⁷ LA POLITICA AMBIENTAL (2024, 25 de septiembre). Delta del Paraná. Piden acciones preventivas ante bajante. https://lapoliticambiental.com.ar/contenido/5412/delta-del-parana-piden-acciones-preventivas-ante-bajante?utm_campaign=newsletter-27-09-2024&utm_medium=email&utm_source=newsletter

⁹³⁸ PIEPER, O. (2023, 29 de junio). La sequía azota Uruguay. DW. <https://www.dw.com/es/la-sequ%C3%ADa-azota-uruguay/a-66075838>.

⁹³⁹ FLORES, J. (2023, 6 de julio). Uruguay enfrenta una crisis de agua potable tras su peor sequía en 70 años. *El Diario*. <https://eldiario.com/2023/07/06/uruguay-enfrenta-tesis-de-agua-potable/>.

considerada la peor en 70 años. Este problema se intensificó a partir de marzo, cuando las reservas de agua potable en Montevideo y otras ciudades comenzaron a mezclarse con agua salada del Río de la Plata debido a que los embalses principales se habían secado casi por completo. La situación se volvió crítica, con el presidente Luis Lacalle Pou advirtiendo que las reservas de agua dulce estaban por debajo del 2% de su capacidad, lo que podría llevar a que el agua no fuera potable en un futuro cercano.

La sequía en Uruguay fue atribuida al fenómeno climático conocido como “la Niña”, que provocó una disminución significativa en las precipitaciones. La represa de Paso Severino, vital para el abastecimiento de Montevideo, llegó a niveles históricamente bajos, lo que generó una combinación de agua potable de calidad deficiente, con niveles de sal y cloro muy por encima de lo recomendado por la Organización Mundial de la Salud.

La situación también desató una crisis política, con acusaciones de que la falta de inversión en infraestructura hídrica y el uso excesivo de agua por parte de la agricultura y la industria contribuyeron a la crisis. Se realizaron esfuerzos para mitigar el impacto, como la exención de impuestos para el agua embotellada y la distribución gratuita de agua a los más necesitados.

La crisis de agua en Uruguay ha resaltado la necesidad urgente de una gestión más sostenible de los recursos hídricos, planteando preocupaciones sobre el futuro del abastecimiento de agua en un contexto de cambio climático.

V. 5. Bogotá y la escasez de agua⁹⁴⁰

En 2024, la escasez de agua que ha llevado a las autoridades de Bogotá a implementar un sistema de racionamiento. El nivel del reservorio San Rafael, que suministra el 70% del agua a la ciudad, ha caído a solo el 19% de su capacidad. Para abordar esta crisis, el alcalde Carlos Fernando Galán anunció cortes de agua por 24 horas en diferentes sectores de la ciudad, alternando el servicio cada diez días. Este plan tenía como objetivo reducir el consumo de agua, que debe bajar de 16 m³/segundo a menos de 15 m³/segundo para que los reservorios puedan recuperarse.

La situación se ha visto exacerbada por una intensa sequía provocada por el fenómeno del Niño, que ha afectado el suministro de agua y ha llevado al gobierno a declarar un estado de desastre nacional en enero. A pesar del inicio de la temporada de lluvias, las precipitaciones han sido insuficientes, lo que agrava aún más la crisis de agua en la capital colombiana.

La falta de agua no es un problema nuevo en Bogotá. Históricamente, la ciudad ha lidiado con un desajuste entre la oferta y la demanda de agua, pero la creciente población (casi ocho millones de habitantes) y el deterioro de la infraestructura han hecho que la situación sea cada vez más crítica. En respuesta, las autoridades han instado a la población a adoptar hábitos de consumo más responsables, con el fin de evitar el desperdicio.

⁹⁴⁰ THE WATER DIPLOMAT (2024, 2 de mayo). Water shortages in Bogotá prompt rationing. <https://www.waterdiplomat.org/story/2024/05/water-shortages-bogota-prompt-rationing>.

V. 6. Inundaciones en Rio Grande do Sul (Brasil)⁹⁴¹

Estas inundaciones, causadas por fuertes lluvias y tormentas que han azotado el estado brasileño de Rio Grande do Sul y las ciudades uruguayas adyacentes de Treinta y Tres, Paysandú, Cerro Largo y Salto, desde el 29 de abril de 2024 hasta mayo, provocaron por lo menos 181 muertes, deslizamientos de tierra generalizados y el colapso de una presa. Se considera la peor inundación del país en más de 80 años.

Las inundaciones marcaron el cuarto desastre ambiental de este tipo en Brasil en los últimos 12 meses, luego de calamidades similares que mataron a 75 personas en julio, septiembre y noviembre de 2023.

VI. Conclusión

Hemos recorrido brevemente la evolución del tratamiento jurídico del agua, de Roma a la actualidad, y una primera conclusión a la que podemos arribar es que ya desde tiempos remotos el agua fue considerada como recurso indispensable para la vida y actividades humanas, llegando en la actualidad a ser elevada como derecho humano universal.

Por otra parte, a través del relato de los fallos y de la referencia a distintas cuestiones actuales vinculadas con el agua como protagonista principal, se ha puesto en evidencia que la crisis hídrica ya es una realidad y que las próximas décadas van a requerir un real compromiso de los Estados a través de políticas públicas concretas

⁹⁴¹ RIO GRANDE DO SUL (2024). En *Wikipedia*. https://en.wikipedia.org/wiki/2024_Rio_Grande_do_Sul_floods#cite_note-AJ-5.

y eficientes para la utilización adecuada del agua, así como también una profunda toma de conciencia por parte de cada uno de nosotros en cuanto al valor intrínseco del agua y la necesidad de su uso racional y sustentable.

VII. Referencias bibliográficas

ABELENDA, V. (2015). *El agua Res Commune Omnium*. Buenos Aires: Eudeba.

ACOSTA, A. y VIALE, E. (2024). *La naturaleza sí tiene derechos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

CÓDIGO ALIMENTARIO ARGENTINO <http://www.conal.gob.ar/CAA.php>.

CÓDIGO CIVIL DE VÉLEZ SARSFIELD https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroII_S2_tituloIX.htm

COMENTARIO GENERAL N° 15 DEL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES <https://www.refworld.org/es/leg/coment/cescr/2003/es/39347>

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA (1995). Buenos Aires: Kapeluz.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR. <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/constitucion-republica-ecuador>

CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS

FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER.

<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

<https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

DECLARACIÓN DE DUBLIN SOBRE EL AGUA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE

<https://gsagua.com/wp-content/uploads/2014/07/1992-declaracion3b3n-de-dublin-sobre-el-agua-y-el-ds.pdf>

HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Erreius.

LEY GENERAL DEL AMBIENTE N° 25.675

<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>

LEY N° 71 DE DERECHOS DE LA MADRE TIERRA

(BOLIVIA) <https://www.fao.org/faolex/results/details/es/c/LEX-FAOC144985/>

LEY N° 25.688 DEL RÉGIMEN DE GESTIÓN AMBIENTAL

DE AGUAS <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/80000-84999/81032/norma.htm>

LEY N° 26.639 DEL RÉGIMEN DE PRESUPUESTO MÍNIMO PARA LA PRESERVACIÓN DE GLACIARES Y DEL AMBIENTE PERIGLACIAL <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/170000174999/174117/norma.htm>

LEY N° 14.782 (PROVINCIA DE BUENOS AIRES) <https://normas.gba.gob.ar/ar-b/ley/2015/14782/2605>

LEY N° 7722/2007 (PROVINCIA DE MENDOZA) <https://www.argentina.gob.ar/normativa/provincial/ley-7722-123456789-0abc-defg-227-7000mvorpyel/actualizacion>

LEY MARCO DE LA MADRE TIERRA Y DESARROLLO INTEGRAL PARA VIVIR BIEN (BOLIVIA) <https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N300.xhtml>

OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE (ONU) <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/>

RESOLUCIÓN 64/292 DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml

RESOLUCIÓN A/HRC/RES/15/9 DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g10/166/36/pdf/g1016636.pdf>

ULACIA, M. (2022). *No fue no: una crónica del chubutazo*. Trelew: Editorial Remitente Patagonia.

VIALE, E. y SVAMPA, M. (2020). *El colapso ecológico ya llegó*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Fallos

Fallo Kersich, Juan Gabriel y otros c/Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/amparo. <https://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-kersich-juan-gabriel-otros-aguas-bonaerenses-sa-otros-amparo-fa14000188-2014-1-1-27/123456789-881-0004-1ots-eupmocsollaf>

Fallo Caselles, Ezequiel Pedro y Ots. c/Aguas Bonaerenses S.A y Otros s/Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley. <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=189361>

Fallo Rodríguez, Ana Lucía y otros c/Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/Amparo. <https://www.diariojudicial.com/news-96326-fumigaciones-medidas>

Artículos

ASSOCIATED PRESS (2024, 15 de abril). Bogotá impondrá cargos en tarifas y multas para disminuir el consumo de agua en medio de racionamiento. *Los Angeles Times*. <https://www.latimes.com/espanol/internacional/articulo/2024-04-15/bogota-impondra-cargos-en-tarifas-y-multas-para-disminuir-consumo-de-agua-en-medio-de-racionamiento>

DELFINO, E. (2024, 15 de mayo). Advierten que el RIGI daría a las mineras privilegios sobre el agua e imposibilitaría sancionar leyes ambientales. *El Diario.ar*. <https://www.eldiarioar.com/politica/>

[advierten-rigi-daria-mineras-privilegios-agua-e-imposibilitaria-sancionar-leyes-ambientales_1_11366560.html](#)

FLORES, J. (2023, 6 de julio). Uruguay enfrenta una crisis de agua potable tras su peor sequía en 70 años. *El Diario*. <https://eldiario.com/2023/07/06/uruguay-enfrenta-crisis-de-agua-potable/>.

GARCÍA QUINTAS, M. (2018). Roma y los recursos hídricos. *Revista Internacional de Derecho Romano*, 20. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/issue/view/1340>

GUERRERO, M. (2023, 13 de julio). La crisis del agua en Uruguay y el rol de gobiernos, empresas y el extractivismo. *Agencia Tierra Viva*. <https://agenciat ierraviva.com.ar/la-crisis-del-agua-en-uruguay-y-el-rol-de-gobiernos-empresas-y-el-extractivismo/>

HERRERA-SANTOYO, H. (s. f.). The Rights of Nature (Rivers) and Constitutional Actions in Colombia. *GNHRE*. <https://gnhre.org/?p=10467>

LA POLITICA AMBIENTAL (2024, 25 de septiembre). Delta del Paraná. Piden acciones preventivas ante bajante. https://lapoliticambiental.com.ar/contenido/5412/delta-del-parana-piden-acciones-preventivas-ante-bajante?utm_campaign=newsletter-27-09-2024&utm_medium=email&utm_source=newsletter

NATURALEZA.AR (2024, 21 de septiembre). La Justicia de La Plata declara admisible un amparo por información por el agua que se consume en Saladillo. <https://naturaleza.ar/contenido/3637/la-justicia-de-la-plata-declara-admisible-un-amparo-por-infomacion-por-el-agua-q>.

PIEPER, O. (2023, 29 de junio). La sequía azota Uruguay. DW. <https://www.dw.com/es/la-sequ%C3%ADa-azota-uruguay/a-66075838>.

PINTO, M. y LIBER, M. (2015). El régimen de las aguas en el nuevo Código Civil y Comercial y su compatibilidad para la tutela Ambiental. *Revista de Derecho Ambiental*, 43, p. 109. <AR/DOC/5105/201>.

RIO GRANDE DO SUL (2024). En *Wikipedia*. https://en.wikipedia.org/wiki/2024_Rio_Grande_do_Sul_floods#cite_note-AJ-5.

ROMÁN, V. (2024, 9 de mayo). Cuánto influyen el cambio climático y El Niño en las trágicas inundaciones en Brasil y Uruguay. *Infobae*. <https://www.infobae.com/america/medio-ambiente/2024/05/09/cuanto-influyen-el-cambio-climatico-y-el-nino-en-las-tragicas-inundaciones-en-brasil-y-uruguay/>

SACRISTÁN, J. F. (2024, 8 de abril). Racionamiento de agua en Bogotá: estas son las zonas y horarios en las que funcionará la medida a partir del jueves 11 de abril. *Infobae*. <https://www.infobae.com/colombia/2024/04/08/racionamiento-de-agua-en-bogota-alcalde-galan-explico-las-zonas-y-horarios-en-las-que-funcionara-la-medida/>.

THE WATER DIPLOMAT (2024, 2 de mayo). Water shortages in Bogotá prompt rationing. <https://www.waterdiplomat.org/story/2024/05/water-shortages-bogota-prompt-rationing>.

¿*Dominium o proprietas*?: desde su origen y evolución en el derecho romano hasta su recepción en la legislación argentina⁹⁴²

Por Mariana Verónica Sconda⁹⁴³

I. Introducción

En este trabajo se plantea como objeto de investigación analizar el significado y la diferenciación de los vocablos *dominium* y *proprietas* en el derecho romano, desde la época arcaica hasta la justiniana. Cabe mencionar que en Roma, en un primer momento histórico, estos vocablos no eran considerados sinónimos.

⁹⁴² 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,” radicado en la Facultad de Derecho de UFLO Universidad.

⁹⁴³ Abogada. Profesora adjunta Interina y JTP por concurso en la cátedra de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Adjunta regular en las facultades de Derecho de UFLO Universidad y en la Universidad Católica de Salta. Profesora adjunta interina en la Universidad de Morón. Investigadora categorizada UBA.

Abordaremos su evolución a través del derecho intermedio, su recepción en el derogado Código Civil de Vélez Sarsfield, su concepción constitucional y cómo se encuentra legislado actualmente en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

II. Concepto y evolución de los vocablos *mancipium* -*dominium* y *propietas* en el derecho romano

En la cabeza de los derechos reales figura la propiedad, pero decir que ésta era un derecho real en Roma desde los primeros tiempos es inexacto, porque los romanos no operaron en principio con el concepto de derecho de propiedad, sino que lo confundían con la cosa misma. Al concepto de propiedad como derecho real se llegó después de amplios esfuerzos conceptuales de los juristas romanos, tomando como base la realidad, sobre todo aquellas cosas sobre las que el propietario tenía facultades dominicales. En principio, el que reclamaba algo no decía que la cosa era de su propiedad, sino simplemente que era suya; se confundía el concepto abstracto de propiedad con la tenencia de la cosa misma.

Los romanos no tenían la idea de dominio, sino que tenían la muy concreta capacidad de ejercer poder sobre ciertas cosas e individuos, no se decía “soy dueño de esto” sino “esto es mío”. De ahí la noción de *mancipium*; este vocablo proviene del latín “*manu capere*”, que hasta la época del derecho clásico hacía referencia a la aprehensión material de un bien, ya fuera como *mancipio dare* o *mancipio accipere*, en referencia a la transmisión o a la adquisición de un bien. Por lo tanto, el término *mancipium* hacía referencia a la *potestas* que el *pater* ejercía en el ámbito doméstico sobre las personas y cosas que se encontraban bajo su autoridad.⁹⁴⁴

⁹⁴⁴ ARIAS RAMOS, J., y ARIAS BONET, J. A. (1986). *Derecho Romano I* (p. 233).

En la terminología jurídica romana no aparece el término *dominium* casi hasta el siglo I a. C.⁹⁴⁵ La palabra dominio proviene de *dominus*, así como señorío de señor; es inconcebible la existencia

Madrid: Edersa; FUENTESECA DEGENEFEE, M. (2004). *La formación romana del concepto de propiedad* (pp. 22 y ss.). Madrid: Dykinson; SUÁREZ BLÁZQUEZ, G. (2016). Orígenes del Derecho de propiedad en Roma. *Passagens, Revista Internacional de Historia Política e Cultura Jurídica*, 8(1), pp. 152 y ss.

⁹⁴⁵ TORRENT, A. (1995). *Manual de Derecho Privado Romano* (p. 247). Zaragoza: Librería General. En concordancia SCIALOJA, V. (1928). *Teoria Della proprietà nel Diritto Romano. Volume I* (pp. 255 y ss.). Roma: A. Sampaolesi: "I romani ebbero più parole per designare la proprietà. In antico, si applicava a questo rapporto una parola di significato generale *mancipium*, che serviva per indicare una serie di rapporti. Ma di questa parola non c'è più nessuna traccia nel diritto giustiniano. Nei testi classici e giustiniani troviamo principalmente due parole: *dominium* e *proprietas*. La parola più antica tra le due è certamente la parola *dominium*. Ma anche qui non bisogna credere che *dominium* valga senz'altro *proprietas*. *Dominium* ha un significato più lato di *proprietas* e si ricollega sempre al concetto di sovranità: il dominio è il *paterfamilias*. Per conseguenza la parola *dominium* significa qualcosa di più lato del rapporto di proprietà come noi l'intendiamo tecnicamente, e la troviamo in applicazione svariatissime anche nelle fonti giustiniane"; BONFANTE, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano* (pp. 252 y ss.). Traducción de la 8ª edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrossa. Madrid: Reus: "La denominación antigua de la propiedad entre los romanos era *mancipium*. La palabra *proprietas*, como denominación técnica de este supremo derecho sobre las cosas, se empezó a usar en la época imperial, especialmente en oposición a *usufructo*. La otra designación, *dominium*, es más antigua, pero menos técnica, y se empleaba también para designar, bien el poder del *paterfamilias*, bien la pertenencia en general de cualquier derecho subjetivo"; D'ORS, A. (1984) *Los cuatro logros del genio jurídico romano* (pp. 594 y ss.). Tomo B, sección Doctrina, Buenos Aires: La Ley: "El primero de los logros es la distinción entre posesión y propiedad. Ambos conceptos aparecen perfilados desde la jurisprudencia del siglo I a.C."

de dominio si no hay un *dominus* que lo ejerza. El dominio era un concreto poder sobre algo o alguien y lo ejercía el *patergens*. Cuando la *gens* se disuelve quedará en cabeza del *paterfamilias* y abarca la totalidad de la familia, es decir, los bienes y sujetos que la integran (*fili*, esclavos, caballos, etc.), todos obedecían al *dominus*. La relación del *pater* con su entera familia era, por consecuencia, una relación de obediencia que no tenía límites, ya que el poder del éste era ilimitado.⁹⁴⁶

⁹⁴⁶ RINALDI, N. (2001). El dominio *ex iure quiritum* ha muerto. *Revista del XV Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina*, Mendoza, pp. 359 y ss: “La idea de dominio es una abstracción que demandó algún tiempo y se concretó recién al final del período republicano o a comienzos del derecho clásico”; D’ORS, *op. cit.* pp. 595 y ss; DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano* (pp. 119). Buenos Aires: Depalma: “En los tiempos antiguos no existe una denominación específica para la propiedad. Todo lo que integra la familia romana, tanto las personas como las cosas está sometido al *mancipium* del *pater familias*. Para referirse a la propiedad de una cosa, se decía de ella *meun esse ex iure Quiritum*, era la fórmula empleada en la *vindicatio*”. BONFANTE, *Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 253 y ss; AMBROSIONI, C. (1965). *Lecciones de Derecho Romano* (pp. 526 y ss.). Tomo II. La Plata: Editorial Jurídica: “Las fuentes romanas hablan del dominio o de la propiedad para indicar el fenómeno que antecede, limitando la utilización de dichos vocablos al poder jurídico sobre la cosa corporal, no obstante a veces, aunque con impropiedad, se habla de la propiedad del usufructo, o de la propiedad del crédito. La palabra dominio tiene relación con el señorío que detentaba el jefe de la familia sobre su casa o *domus*, y se lo vinculaba a los tiempos en que aquél ejercía dentro de la comunidad una potestad política. Cuando el poder sobre la cosa se convirtió en un factor económico se mantuvo empero la terminología. La expresión propiedad en cambio, se vincula con la idea que consustancia la persona y la cosa, considerando a ésta como un trasunto de la misma personalidad de su titular”; CAPOGROSSI COLOGNESI, L. (1969). *La struttura Della proprietà e la*

A fines de la *Respublica* aparecen las palabras *proprietas*, que tiende a señalar lo que es *proprium* de alguien, y *dominium*, vinculada a *domus* y a *dominus* igual señor. En la época clásica estos vocablos lucirán como sinónimos.⁹⁴⁷

Cuando la propiedad va adquiriendo coloración jurídica en cuanto tal concepto técnico, se perfila en sentido amplio como facultad de apropiación sobre los bienes, excluyendo a todos los demás del goce y disfrute de los mismos. Por eso, en cuanto derecho real, la propiedad es el poder pleno y directo sobre las cosas, es un concepto económico- jurídico, frente a la idea de dominio que parece apuntar más bien a un sentido subjetivo en cuanto potestad del titular sobre la cosa. El dominio era un poder y no un derecho, era una relación de hecho y se perdía por el simple hecho de que otro lo ejerciera, no había dominio compartido ni doble dominio. Así como el poder del *pater* era absoluto e ilimitado, hasta llegar a la muerte del *fili*, según

formazione dei iura praediorum nell' età repubblicana (pp. 448-449). Milán: Giuffrè: “*Dominus*, più in generale, indicava infatti il signore della casa”

⁹⁴⁷ DI PIETRO, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 119; SCIALOJA, *Teoria Della...*, *op. cit.*, pp. 257 y ss: “*Proprietas* indica principalmente l’ elemento della pertinenza della cosa di cui si ha la proprietà, elemento logico del rapporto di proprietà. *Dominium* invece esprime forse più il concetto di dominazione, di esplicazione Della volontà del proprietario, di assoggettamento della cosa alla sua persona.” CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura...*, *op. cit.*, p. 372: “Che si accetti o no l’ idea, di stampo evoluzionista, che tende a identificare la proprietà romana arcaica con una situazione di fatto, possessoria, si deve necessariamente concludere che un pensiero privo ancora di reali interessi dommatici e sostanzialmente estraneo ad un processo di concettualizzazione, si con il massimo di chiarezza e di intensità possibili la nozione stessa dell’ appartenenza o della proprietà solo nel momento in cui tali situazioni —che si identificano di regola nel pacifico godimento di un dato bene— vengano a subire un attentato da parte di terzi”

las XII Tablas, el dominio que deviene de él es también ilimitado.⁹⁴⁸

⁹⁴⁸ TORRENT, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 247 y ss: “Un dato claro de la evolución histórica de la propiedad en Roma, es su conexión evidente con la familia. Aparece el núcleo familiar y dentro de él la propiedad. La romanística está de acuerdo en que originariamente no existió el concepto y la situación jurídica que corresponden a la idea de propiedad, pero sí existió el contenido del mismo dentro de los amplios poderes familiares, de manera que su evolución se traslada a buscar en los poderes del *pater familias*. Dentro de los poderes familiares, hay quien como Voigt pretende centrar la propiedad en la *manus*, en cambio Bonfante lo explica como corolario de la jefatura política de la familia, De Visscher cree encontrarlo en el *mancipium*, Coli lo cree hallar en la *potestas*, y Kaser cree que los romanos no tuvieron un concepto de propiedad en sentido moderno, sino que operaron con la idea de que la propiedad era el derecho del que tenía mejor derecho a quedarse con una cosa frente a otro. Por eso es también propiedad relativa; la propiedad no era el señorío absoluto sobre la cosa, sino legitimación para el ejercicio de ese señorío en relación con la parte adversaria en un proceso, y no en relación con todos los sujetos del ordenamiento. Desde este punto de vista, el valor de la propiedad era limitado, válido exclusivamente entre las partes (coincide con Wubbe, en este punto). De todo esto, se deduce la importancia del momento procesal en las contiendas de la vieja *legis actio per sacramentum in rem*. Cuando una propiedad se discutía en el proceso, la sentencia decidía que se quedase con la cosa el que tuviese mejor derecho sobre la cosa; por eso es también una propiedad funcional, ésta es la tesis de propiedad funcional o dividida o relativa” AMBROSIONI, *Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 525 y 526: “La evolución económica de la comunidad influyó notablemente sobre el concepto de dominio, pues la organización paralela que paulatinamente fue elaborando la expansión que el pueblo romano experimentaba, fue transformando a la propiedad, dándole un contenido positivo y económico que en las primeras etapas no se había conocido. De ese modo de un poder militar sobre la cosa, el dominio se convirtió en un factor de la producción incorporándose al curso del intercambio de los bienes como un valor pecuniario más. Fue así que la propiedad adquirió un carácter patrimonial neto, produciéndose al mismo tiempo un proceso correlativo de la

III. Evolución y clases de propiedad en Roma

En el derecho romano arcaico, no resulta probada la existencia de una propiedad privada de los fundos cultivables; consideran que existía en realidad una propiedad colectiva. Pero se le suele atribuir al *rex* Rómulo la asignación a cada ciudadano de una porción de tierra conocida como *bina iugera*, que constituía el denominado *heredium*, ya que una vez fallecido ese ciudadano era objeto de transmisión a los herederos. Esta porción de tierra no podía ser transmitida a terceros en vida, dado que era una de las costumbres, y se la debía mantener en la familia para ser transmitida en el momento del fallecimiento de su titular (*Varrón, Rerum rust.* 1, 10, 2; *Fest. Paul., s.v. Centuriatus*, L. 47; *Siculus Flaccus Cond. Agr.* 118, 1; *Cic. Rep.* 2. 14. 26).⁹⁴⁹ La crítica ha tomado dos actitudes diversas frente a la distribución romana. Algunos niegan completamente su valor indiciario, mientras

individualización, pues de colectiva se transformó en familiar y por fin en individual”; RINALDI, *El dominio...*, *op. cit.*, pp. 362; BONFANTE, *Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 251: “No obstante, mientras la propiedad moderna se puede definir desde un punto de vista sustancial y económico, la propiedad romana no se puede definir sino desde este punto de vista abstracto y relativo que hace de los bienes raíces el puro paralelo de la soberanía territorial. Los caracteres de la plenitud o indeterminación se encuentran en el derecho romano en muchos señoríos generales sobre la cosa, a los cuales no compete tampoco el nombre de propiedad, si bien para algunas de las propiedades, como la llamada propiedad provincial clásica, se emplee abusivamente por los modernos”.

⁹⁴⁹ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. (2010). Las “gentes” y la propiedad colectiva. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección Derecho Romano*, (32), pp. 40: “La historia, de corte tan legendario como su protagonista, nos da cuenta de la vinculación tradicional de la tenencia de la tierra con el status de ciudadano”; ARANGIO RUIZ, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano* (p. 199). Traducción de la 10ª edición italiana por José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma.

que otros señalan que sería una primera y legendaria introducción de la propiedad privada dentro del orden social y económico de la Roma antigua. Se generó un debate relativo a la capacidad física de tan modesta distribución para sustentar la vida de una familia, por lo que la doctrina terminó por adoptar la tesis de Mommsen, según la cual, junto a este *heredium* de atribución individual o familiar, se encontraría otra parte del territorio bastante mayor, indivisa y de titularidad colectiva.⁹⁵⁰ Es decir que la primitiva organización clánica se preocupó de que las *gens* que la integraran tuvieran la adecuada porción de tierra que pudiera asegurar a cada aldea o familia la subsistencia de sus componentes, lo que logró mediante un doble procedimiento: 1) garantizando a cada familia la propiedad del *heredium*, que se consideraba suficiente para establecer la casa o *domus*, y un huerto; 2) por la asignación a cada *pater familias* de una porción de tierra conquistada por las guerras y que constituía el patrimonio de todo el pueblo romano (*ager publicus*). La transformación más notable del dominio se produjo a través del intercambio ultramarino de productos. La agrupación gentilicia se hallaba en una posición geográfica ventajosa para el intercambio con pueblos más evolucionados, como los que componían las ciudades etruscas de la otra orilla del Tíber, a las que afluían continuamente mercaderes griegos, fenicios y luego cartagineses. Esto determinó que desde temprano recibieran las benéficas influencias de ese intercambio y con los productos materiales que servían al comercio, también acogieron los de la civilización intelectual. La economía gentilicia era cerrada, se limitaba a producir lo necesario para la subsistencia

⁹⁵⁰ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Las “gentes”..., *op. cit.*, p. 41; SERRAO, F. (2006). *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*. Vol. I, Nápoles: Jovene, p. 45; FUENTESECA DEGENEFFE, M. (2021). *Proprietas, possessio y actio Publiciana. Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo* (pp. 276 y ss.). Tomo V, Derechos Reales. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

de los grupos, sin preocuparse de obtener excedentes. Los extranjeros trajeron un conjunto de normas que habían sido elaboradas por pueblos del Mediterráneo oriental. Esas disposiciones flexibles, que obedecían a una economía abierta, de libre intercambio, que se fundaban en la tierra y en las cosas muebles como factores de producción y de comercio y que concretaban el anhelo de los individuos a un creciente y mejor estándar de vida, terminaron por ser acogidas por la comunidad por vía de la tutela que a través del *imperium* podía dispensarle la autoridad. De ese modo, se crearon situaciones paralelas a las del derecho quiritarario, similares a ellas en ciertos aspectos, aunque muy distintas en su contenido y fundamento. Elaborado el nuevo orden que garantizaba cierta seguridad a los extranjeros, la creciente preponderancia política y económica de Roma justificó que esas nuevas concepciones reaccionaran sobre las vetustas instituciones del derecho civil, y entonces el dominio quiritarario experimentó el efecto de tales desarrollos, perdiendo poco a poco su primitiva significación religiosa y militar en favor de la concepción económica.⁹⁵¹

⁹⁵¹ AMBROSIONI, *Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 526 y ss; SALAZAR REVUELTA, M. (2021). La cohesión familiar a través del *consortium inter fratres*. *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo* (pp. 588). Tomo V, Derechos Reales. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: “En un principio, el hombre reafirmaba su fuerza recurriendo a la agrupación con otros individuos, para asegurarse los medios de su subsistencia. Esta es la razón de toda comunidad y el origen, por tanto, de la *gens* romana. En ella la tierra, propiedad de la tribu, es explotada colectivamente, y los bienes para dicha explotación son de uso común. Se produce conforme a las necesidades del grupo. Cuando la producción se considera excedente, se diversifican las fuerzas productivas, la esclavitud irrumpe como nueva mano de obra y se desarrollan otras actividades económicas, como la artesanía o el comercio, paralelamente al nacimiento de la *civitas*; la diversidad de intereses particulares termina con todo el espíritu comunitario y abre paso a grupos

Los autores consideran que la primera forma de propiedad romana fue el *dominium ex iure quiritum* porque en la fórmula de la *legis actio per sacramentum in rem* el que reclamaba una cosa afirmaba que le pertenecía *ex iure quiritum*. El que reclamaba la propiedad de un esclavo en el proceso decía: “*hunc ego omnem meum esse aio ex iure quiritum*”. Esta expresión hizo nacer la idea de que la primera propiedad romana fue el dominio quiritarario. Solo estaban legitimados los ciudadanos romanos, o los que gozaban del *ius commercium*, para intentar las acciones de la ley (Gayo, Inst. 2-40). Este dominio quiritarario se perfiló como la propiedad del *ius civile*; era un poder total, ilimitado y absoluto que estaba protegido por la *rei vindictio*.⁹⁵²

Al lado del dominio quiritarario romano, se colocó después una especie de propiedad particular, imperfecta y natural, introducida por el pretor para templar el rigor del derecho antiguo. Esta propiedad no tiene en latín un nombre especial y se la designa expresando el hecho, “la cosa estaba en los bienes”, es decir, *in bonis habere*. El dominio romano y la propiedad bonitaria se hallaban muy distantes de

familiares más reducidos, hasta llegar al más pequeño de ellos: la pareja conyugal con sus hijos, propio de las sociedades civilizadas, esto es, de sociedades con una organización estatal”; SUÁREZ BLÁZQUEZ, *Orígenes...*, *op. cit.*, pp. 146 y ss.

⁹⁵² TORRENT, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 249 y ss; CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura...*, *op. cit.*, p. 409; ORTOLÁN, M. (1873). *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano* (pp. 269 y ss., 277 y ss., 297 y ss.). Tomo I. Madrid: D. Locadio López: “La Ley de las XII Tablas solo conocía una especie de propiedad: el ciudadano era el único capaz de tenerla, el extranjero no podía aspirar a ella; esta propiedad no podía adquirirse, destruirse, ni pasar de un ciudadano a otro sino en ciertos casos limitados. Los jurisconsultos la llamaron con posterioridad *dominium ex iure Quiritum*, dominio según el derecho de los romanos, dominio romano; y el que lo obtenía se llamaba *Dominus legitimus*, dueño según la ley”; DI PIETRO, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 120 y ss; ARANGIO RUIZ, *Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 206 y ss.

dar los mismos derechos, ya que los derechos que resultaban de tener una cosa *in bonis* no eran tan extensos como los del dominio completo, pues no llevaban consigo la facultad de disponer civilmente de la cosa o de vindicarla. Pero estaban muy lejos estos derechos de ser inútiles, pues daban el disfrute de la cosa, la facultad de impedir al propietario que se oponga al goce de ella y el derecho de adquirir el dominio romano al cabo de cierto tiempo (*usucapio*) (Gayo, Inst. 4-36, 1-54).⁹⁵³

Los fundos situados en suelo provincial en su mayoría eran tierras que fueron conquistadas y anexadas por los ejércitos romanos y no gozaban del *ius italicum*, y eran consideradas *ager publicus*, por lo tanto no podían ser del dominio privado. Eran atribuidos al dominio del emperador o del *populus romanus* (Gayo, Inst. 2-7), es por eso que pagaban un *stipendium* al *populus*, éstas eran las provincias llamadas estipendiarias o senatoriales, y aquellas provincias que pagaban un *tributum* al César, eran las provincias tributarias o imperiales (Gayo, Inst. 2-21). Las personas que utilizaban esos

⁹⁵³ ORTOLÁN, *Explicación...*, *op. cit.*, pp. 269 y ss., 277 y ss., 297 y ss; DI PIETRO, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 121: “La propiedad bonitaria generada por el derecho pretoriano se configuraba dado que en ciertas circunstancias, alguien podía haber adquirido la cosa pero faltando algún requisito para convertirse en propietario quirritario. Esto ocurría si: a) los vendedores simplemente entregaban la *res Mancipi* vendida (*traditio*) al comprador, sin realizar el rito de la *mancipatio* o la *in iure cessio*; o b) cuando se compraba de buena fe a alguien que no es el verdadero dueño realizando el rito de la *mancipatio*. En estos casos, uno no tenía el dominio quirritario y por lo tanto, para proteger al adquirente antes de que se cumpliera el plazo de usucapión, los pretores comenzaron a otorgar acciones (*actio Publiciana*) a los adquirentes de buena fe, considerando que tenían las cosas entre sus bienes (*in bonis habere*)”; CASTRESANA, A (2015). *Derecho Romano. El arte de lo bueno y de lo justo* (p. 99). Madrid: Tecnos; ARANGIO RUIZ, *Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 207 y ss.

fundos provinciales usaban y disfrutaban de ellos como si fuesen sus propietarios, pero en realidad no lo eran, ya que solo podían tener la posesión de éstos, por ello eran llamados *fructuarii* o *possessores*. Ellos contaban con una protección jurisdiccional de los gobernadores de provincia que figuraba en el edicto provincial y actuaban por vía pretoriana. En el siglo II d. C, el emperador Diocleciano estableció un sistema basado en la unidad de tributación, lo que implicó la desaparición de las diferencias entre el *dominium ex iure quiritium* y la propiedad provincial.⁹⁵⁴

Otro tipo de propiedad que surgió fue la peregrina, dado que los extranjeros o *peregrini* no tenían el *ius commercium*, no podían ser propietarios quiritarios, pero podían ser propietarios según el *ius gentium*. El pretor les concedió acciones ficticias, en donde se fingía la ciudadanía romana, y fue una protección para la propiedad peregrina (Gayo, Inst. 4-37). Pero la Constitución antoniniana que otorgó la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio conllevó la desaparición de la propiedad peregrina.⁹⁵⁵

En tiempo de Justiniano desapareció la diferencia entre el dominio quiritario y la propiedad bonitaria, dado que fueron derogada la *mancipatio* y la *in iure cessio*. Se reconoció una sola propiedad, es decir, la propiedad común, despojada del carácter enérgico que le había impreso el derecho primitivo. (C. 7. 25. 1; D. 41. 1. 13. pr).⁹⁵⁶

⁹⁵⁴ ARANGIO RUIZ, *Instituciones...*, op. cit., pp. 205 y ss; DI PIETRO, *Derecho...*, op. cit, p. 121.

⁹⁵⁵ DI PIETRO, *Derecho...*, op. cit, p. 121; ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, *Derecho...*, op. cit. pp. 238 y 239.

⁹⁵⁶ ORTOLÁN, *Explicación...*, op. cit., pp. 269 y ss., 277 y ss., 297 y ss. En C. 7. 25. 1: "Justiniano borró los últimos vestigios de tales diferencias: Repeliendo por esta decisión el ludibrio de una antigua sutileza, no consentimos que haya diferencia alguna entre los dueños, en quienes una cosa se halla o nuda por derecho de Quirites, o solamente en sus bienes, porque no queremos que exista semejante

IV. Las limitaciones al dominio y las defensas procesales

La propiedad es el señorío jurídico más amplio que tiene el hombre sobre la cosa, garantizado por el derecho objetivo mediante la exclusión de toda injerencia extraña,⁹⁵⁷ el propietario puede libremente

distinción, ni la frase derecho de Quirites, que en nada se diferencia de un enigma, ni nunca se ve ni aparece en las cosas, sino que es frase vacía y superflua, y perturbaba por ella la inteligencia de los jóvenes, que asisten a las primeras lecciones de leyes, aprenden en sus primeros comienzos inútiles disposiciones de la ley antigua. Mas sea cada cual plenísimo y legítimo dueño, ya del esclavo, ya de los demás bienes que a él le pertenezcan.” “En la legislación de la Instituta desaparece la distinción entre tener la cosa en su dominio y tenerla entre sus bienes; cada cual es propietario absolutamente de los objetos que adquirió, cualesquiera que sean estos objetos.” “No daré una definición de dominio según la legislación romana, que no se encuentra en los textos de los jurisperitos. Neracio nos dice, que ya en su tiempo la palabra *dominium* podía traducirse por *proprietas*. (D. 41. 1. 13. pr.: Si un procurador hubiere comprado para mí una cosa por mandato mío, y le hubiere sido entregada en mi nombre, se adquiere para mí el dominio, esto es, la propiedad, aun ignorándolo yo.). En efecto, el dominio es la propiedad, porque nos hace una cosa enteramente propia nuestra”; ARANGIO RUIZ, *Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 208 y ss: “Abolida la *mancipatio* y la *in iure cessio*, Justiniano elevó a la condición de casos de propiedad civil, todos aquellos en los que los clásicos habían reconocido el *in bonis habere*. Por lo tanto, en el derecho justiniano se logra plenamente la unificación del concepto de propiedad”; DI PIETRO, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 108 y 121: “Justiniano suprimió la clasificación de *res Mancipi* y *res nec Mancipi* (C. 7. 31. 1), incluso se borró toda referencia a esta división. Los bizantinos interpolaron todos los textos clásicos donde figuraba *mancipatio*, y la reemplazaron por *traditio*”.

⁹⁵⁷ ARANGIO RUIZ, *Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 199: “Es el derecho en virtud del cual la voluntad del titular es decisiva respecto a la cosa en toda dirección. Esta relación de pertenencia resalta también en lenguaje común, que acostumbra señalar la

usar la cosa, disfrutarla y disponer de ella como mejor le plazca. Aunque existan diversas limitaciones, el dueño es considerado

propiedad con los mismos adjetivos posesivos con que se señalan los órganos y las facultades corporales y espirituales del hombre.” En concordancia, BONFANTE, *Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 250 y ss: “La propiedad puede definirse como el señorío más general sobre la cosa, ya sea en acción, ya sea en potencia. Es el señorío más general, porque se puede ejercitar sobre la cosa todas las facultades posibles. A pesar de ello, el ordenamiento jurídico le impone restricciones generales ordenando limitaciones legales. Añadamos en acto o en potencia, ya que, aparte de los límites legales de la propiedad inherentes a su estructura positiva, también el goce, garantizado por ella, pueden en alguna medida ser sustraídas al propietario por vínculos o derechos concurrentes, pero en las más anormales configuraciones, la propiedad conserva virtualmente su integridad, en cuanto la cesación del vínculo o del derecho concurrente hace que vuelva a adquirir, *ipso iure*, las facultades que de ordinario son inherentes a ella”; AMBROSIONI, *Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 525 y 526: “El dominio o la propiedad es el derecho más absoluto que se pueda concebir sobre una cosa corporal; constituye un señorío de relevante significado, que es en función del mismo que se determinan las limitaciones o derechos que pueden existir sobre la cosa ajena e integran el elenco de los restantes derechos reales. La íntima vinculación de la cosa y el titular era tan característica para los romanos que no concibieron el dominio como un *iūs* sino que lo identificaron con la misma cosa, de ahí que en la fórmula petitoria incluyeran en la *intentio* la afirmación de que la cosa era del que reclamaba por el derecho de los quirites. La referida consubstanciación tenía otra explicación, siendo la propiedad efecto ineludible de un acto de conquista, constituía una evidente manifestación del esfuerzo realizado, del acto de valor o arrojo del individuo. Si bien el guerrero con su valor obtenía la cosa mediante acto de conquista, como aquel se diluía dentro de la unidad del cantón o de la *gens*, lo que adquiría pertenecía a ésta; cuando a expensas de la *gens* se desenvolvió la familia, fue ésta la titular del dominio, y solo en virtud de la creciente y avasallante influencia de la economía capitalista, los romanos terminaron por admitir que la propiedad se sustanciaba con la persona individual”

como ejercitando un poder pleno sobre la cosa. La propiedad era la *plena in re potestas*, que se caracterizaba por ser absoluta, perpetua y exclusiva, pero su ejercicio no podía perjudicar a los terceros, sean los vecinos o la generalidad. Por el desarrollo socioeconómico de Roma surgieron ciertas restricciones que fueron impuestas directamente por el *ius* y que debían ser respetadas por los propietarios.⁹⁵⁸

⁹⁵⁸ DI PIETRO, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 119 y ss; AMBROSIONI, *Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 529 y ss: "No es fácil definir el dominio. Los textos romanos no nos traen al respecto ninguna tentativa de hacerlo. Fueron los glosadores y posteriores comentaristas los que trataron de dar una definición; luego los romanistas se han esforzado hasta hoy por encerrar dentro de los términos más o menos breves, el concepto de la propiedad. Es difícil que se pueda lograr, dado que los romanos consideraban al dominio como la misma cosa corporal bastándoles con poder afirmar que la cosa era de ellos en virtud del derecho y con eso se tenía la idea más concisa y gráfica del fenómeno. Para los juristas romanos el dominio era una idea cierta que la tenían más en virtud de la intuición que del razonamiento. Por ello, en vano buscaremos en las fuentes algo que sea o se parezca siquiera a una definición o a un intento de encerrar en una breve fórmula todo lo que significa de por sí la propiedad. La prueba de la enorme dificultad que importa hacerlo la encontramos aún en nuestros tiempos en que ni los legisladores ni los autores se ponen de acuerdo para encontrar la definición que satisfaga a todos. La propiedad se parece a la posesión; es un poder sobre una cosa corporal, poder exclusivo y absoluto pero que se caracteriza de aquella última en que es un poder jurídico, pues se halla protegido por la vía de la acción. Hay otros poderes que obedecen a las mismas características, como los *iura in re*, pero cabe señalar que éstos últimos pueden existir siempre y cuando se relacionen con el dominio, ya que son desmembramientos o limitaciones de éste. De ahí, que la propiedad aparezca como una institución que es el centro de los demás derechos reales, los que toman su existencia y razón de ser precisamente de aquellas". "Problema difícil es también el determinar cuál es la naturaleza del dominio. Algunos autores han visto en él una relación jurídica, otros una relación de hecho y finalmente algunos lo consideran un derecho. Dos son los

elementos básicos que integran el concepto del dominio: por un lado, el señorío que se tiene sobre la cosa y por el otro la pertenencia de la misma. El primero proviene de la época en que la propiedad se fundaba en la conquista, era un hecho de la guerra y el segundo es del tiempo en que por la influencia de la economía capitalista se vinculó la cosa con el individuo, llegando a consustanciársela con éste. Mejor que buscar una definición es tratar de determinar los rasgos que la distinguen de los otros derechos. Los caracteres son: 1) Absoluto: en cuanto es el poder más pleno que se tenga o se pueda tener sobre una cosa corporal; por eso es elástico, por cuanto desaparecidas las limitaciones que puedan pesar sobre él, vuelve inmediatamente, sin necesidad de ningún acto ulterior, a su estado de plenitud originaria. 2) Exclusivo: es un rasgo típico del dominio romano, significa que resulta imposible que al mismo tiempo y sobre la misma cosa, dos o más personas tengan la propiedad de ella. 3) Perpetuo: no se extingue por el no uso. No significa que sea eterna, sino que de por sí no lleva insita una causal de extinción. Se trata también de determinar el concepto de propiedad a través de sus atributos que se configuran como otros tantos derechos o facultades. Ellos son el *ius utendi*, el *ius fruendi*, y el *ius abutendi* que tiene el propietario sobre la cosa. O sea, el derecho a usar, disfrutar por sí o por otro y de disponer de la misma, alterando si quiere su sustancia y hasta destruyéndola. El rasgo más típico de los tres enunciados es el *ius abutendi*, pues éste en su origen quiere decir derecho de no usar o que es lo mismo, el propietario a diferencia de los titulares de otros derechos reales, puede no utilizar la cosa, no hacerla servir a ningún fin económico y sin embargo conserva el dominio. Esto no ocurre con los *iura in re* dado que en estos casos, el no ejercicio de las potestades económicas que ellos implican y confieren, extingue el mismo derecho. Es más importante tener en cuenta el sentido que hemos dado al *ius abutendi* que el que se le ha querido asignar luego, vinculándolo a un ejercicio antisocial del derecho. Los romanos no ignoraron los fines sociales que la propiedad debe cumplir: basta al respecto con recordar los términos del rescripto de Antonino Pío al gobernador de Bética, con motivo de los esclavos de Julio Sabino que se quejaban y pedían protección por la crueldad excesiva que hacia ellos había mostrado su amo. Lo que hace resaltar, con el *ius abutendi* es que el dominio no se pierde por

el no uso y además que se puede alterar la sustancia de la cosa, lo que no ocurre con los demás derechos reales como surge de la definición del usufructo D. 7. 1. 1: El usufructo es el derecho de usar y disfrutar de cosas ajenas quedando salva la naturaleza de las cosas”; ARANGIO RUIZ, *Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 199 y ss: “Para definir con amplitud el señorío correspondiente al propietario, los juristas del derecho común solían partir de la definición de usufructo, que es *ius utendi et fruendi*, y agregarle un *ius abutendi*, en el que comprendería la facultad de enajenar la cosa, de abandonarla, de destruirla. Con esto, se omitía la facultad que desde el punto de vista jurídico constituye el elemento más notable de la propiedad; es decir, la exclusión de cualquier injerencia de terceros respecto de la cosa. Esto no impide que la facultad de gozar de la cosa en algunas direcciones pueda corresponder a personas distintas del propietario, como es el caso del usufructuario o del enfiteuta, o al propietario y a otros conjuntamente, como es el caso de la servidumbre de tránsito, o que el propietario esté obligado con respecto a otros a abstenerse de ciertos actos de goce como ser el *servitus altius non tollendi*. Particularmente absoluta y preponderante es la propiedad fundiaria romana. En los orígenes, los derechos reales que podían limitarla eran el usufructo y las servidumbres voluntariamente constituidas; pero el primero era esencialmente temporario y las segundas eran consideradas como situaciones anormales de sujeción de un fundo a otro. La completa exención de cargas se expresaba en los formularios, dando al fundo no gravado con servidumbres las calificaciones de *optimus maximus*. También entre las relaciones entre vecinos, la libertad de que gozaba cada uno de las injerencias de otros, era la que decidía; en efecto, no podía considerarse como límite a la actividad del particular, sino como discriminación de las respectivas esferas de la libertad de acción, la prohibición de turbar al vecino con las actividades que, aun desarrollándose sobre el fundo propio, representaban para aquél la mínima invasión”; ORTOLÁN, *Explicación...*, *op. cit.*, pp. 298 y ss: “El dominio da sobre la cosa un pleno poder (*plena in re potestate*, l .2. 4. 4: Pero cuando el usufructo se hubiere extinguido, revierte en verdad a la propiedad, y desde este momento el dueño de la nuda propiedad comienza a tenerla plena sobre ella). Se trata de analizar los elementos que componen ese poder. Poder de ocupar la cosa,

Las primeras en aparecer fueron las procedentes del poder público poniendo en primer plano los intereses sociales de toda la comunidad frente a los individuales del propietario; y las otras restricciones son las procedentes de las propias relaciones de vecindad entre propietarios.⁹⁵⁹

de obtener de ella todos los servicios de que sea capaz, todos los productos, periódicos o no, todas las creces y aumentos; poder de modificarla, de dividirla, de enajenarla, aún destruirla, salvo restricciones legales; y en fin, de reivindicarla de manos de terceros; todo esto se halla comprendido en el dominio. Por consiguiente, los principales de estos diferentes derechos son: *ius utendi*, el derecho de hacer de la cosa todo el uso que sea posible, y de obtener de ella los servicios de que sea capaz; *ius fruendi*, el derecho a percibir, no todos los productos y creces, sino todos los frutos que produce; *ius abutendi*, derecho de disponer de ella, ya sea enajenándola, o destruyéndola; por último, el derecho que viene a ser una sanción de todos los demás, de reivindicarla de manos de cualquier detentador, reclamándola en la justicia *ius vindicandi*. Es preciso no atribuir en el lenguaje del derecho romano a la palabra *abuti* la idea que expresa en la mayor parte de las lenguas modernas, esto es, de un uso inmoderado, opuesto a la razón y vituperable. El término *abuti*, por su descomposición etimológica (*ab*, partícula privativa y *uti*, usar), designa un uso tal de la cosa, que hace cesar y que destruye su uso. Tal es el efecto de la enajenación y del consumo de la cosa”

⁹⁵⁹ TORRENT, *Manual...*, *op. cit.*, p. 277; SCIALOJA, *Teoria...*, *op. cit.*, pp. 303 y ss: “La proprietà tende ad essere illimitata, ma è suscettibile di un gran numero di limitazioni, perchè il diritto considera il proprietario come imperante in una sfera che esso diritto circoscrive soltanto exteriormente non determinando ne mai il contenuto in modo positivo: per tal modo tutte le norme giuridiche relative alla proprietà limitano l'azione del proprietario, accontentandosi di determinare ciò che egli non può fare, e non indicano il contenuto effettivo del suo diritto, il che d'altra parte sarebbe impossibile, come dimostrano gli sforzi inutilmente fatti da coloro che cercarono di definire la proprietà dichiarando ne il contenuto. Il proprietario può fare tutto non sia vietato dal diritto obiettivo o dal concorrente diritto subiettivo di altri: questa serie di

IV. 1. Limitaciones por interés público

- 1) Se prohibió a los propietarios disponer por manumisión sobre la libertad de sus esclavos. A tal fin surgieron tres leyes sucesivas: la *Lex Fufia Caninia* (2 d. C.), la *Lex Aelia Sentia* (4 d. C.) y la *Lex Iunia Norbana* (de fecha incierta, posiblemente del 17 a. C.).
- 2) La Ley de las XII Tablas prohíbe enterrar en la urbe y cremar los cadáveres cerca de los edificios: debía ser a una distancia superior a los 60 pies y este ordenamiento normativo limitó la cuantía de los gastos funerarios (L. XII Tablas, 10. 1 y ss.). Asimismo, se creó el *iter ad sepulchrum*: derecho que la ley

divieti costituisce appunto una serie di limitazioni della proprietà. Queste limitazioni possono essere di svariatissima natura, tanto che è molto difficile formare categorie: ogni autore ne stabilisce a suo modo, si che relativamente all'ordine da seguire, nell'esposizione di queste limitazioni, vi sono molto diversi sistemi. Nella definizione data più sopra della proprietà ho accennato a queste limitazioni; attenendomi ad una grande distinzione di esse, in limitazioni di diritto pubblico e limitazioni di diritto privato"; AMBROSIONI, *Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 539: "La circunstancia de que las cosas deben servir a los hombres para alcanzar los fines que se proponen, y el hecho de que los mismos vivan dentro de una comunidad de intereses, justifica que el orden jurídico no pueda desinteresarse del destino o del uso que se da por sus titulares a los bienes, y si bien no se concibe una acción en tal sentido de parte del Estado que llegue a imponer modos de administración determinados al propietario, se admite en cambio que se fijen ciertos límites por la ley para que no resulte el ejercicio del derecho perjudicial para los demás. De ahí, las limitaciones o restricciones que la propiedad experimenta por obra de la misma comunidad organizada jurídicamente. Las mismas obedecen a diferentes criterios, unos se hallan basados en ideas religiosas, otros en las sociales o culturales, y algunas en las relaciones de vecindad".

concedía al titular de un sepulcro para forzar a los propietarios colindantes a dejar paso hacia el lugar del enterramiento familiar (D. 11. 7. 12 .pr.).

- 3) Los dueños de los fundos ribereños quedan obligados a permitir el uso de las riberas, ya sea para pescar o navegar (D. 1. 8. 5. pr; I. 2. 1. 4).
- 4) Para preservar las urbes, el propietario no podía demoler un edificio para vender los materiales (s. c. *Hosidianum*, año 44 d. C.; s. c. *Volusianum*, año 56 d. C.; *Lex Tarentina*, *Lex Malancitana*, *Lex Ursonsis*, D. 18. 1. 52; D. 39. 2. 48).
- 5) En la época clásica no era posible que un tercero ingresara a terreno ajeno a explorar y explotar minas, ni aún por razón de utilidad pública (D. 8. 4. 13. 1) pero en el Bajo Imperio el criterio cambió. Se permitió al dueño explotar las minas de su terreno (C. Th. 10. 19. 1 y 2), pero igualmente se concedió esa facultad a los extraños (C. Th. 10. 19. 8. 10. 11. 14). Se concedió a cualquiera la potestad de explotar canteras de mármol, salvo bajo los edificios (C. Th. 10. 19. 14) y se les dio el derecho de venderlo, donarlo, y de transferir su derecho (C. Th. 10. 19. 1 y 11), con la condición de que pagaran el *vectigal* del décimo al Fisco (C. Th. 10. 19. 8. 10 y 11) y al dueño del terreno (C. Th. 10. 19. 9. 10 y 11). Se permitía ceder el derecho siempre que se pagara un impuesto llamado *portorium*, a no ser que se tratara de personas exceptuadas como los senadores de la ciudad de Roma (C. Th. 10. 19. 8). A veces se prohibió esa cesión (C. Th. 10. 19. 3).
- 6) En Roma no se puede hablar técnicamente de expropiación, no estaba regulada como institución jurídica. En la época republicana se respetaba la propiedad privada, por lo tanto, el

Estado no atentaba nunca contra ella, lo que hace entender que no hubo expropiación. Muchos autores modernos sostienen que sería imposible haber hecho tantas obras públicas sino hubiera habido expropiación en algunos casos. Este fue el principal argumento para sostener la existencia de ésta. En el Bajo Imperio se conocen casos de expropiación forzosa, y surgió la idea de la *utilitas publica*, y en nombre de ésta, se podía expropiar. Así se llegó a algo parecido a la expropiación a través de la idea de que el Estado podía forzar al particular a vender, apelando a la coacción política pero no a la jurídica, entonces no se estaría frente a una expropiación sino frente a una compraventa forzada, donde el Estado no compraba sino que indemnizaba. La tradición jurídica romana se mostró reuente a entrometerse en la propiedad más allá de lo necesario. Desde la época bizantina, debido al absolutismo político, se pierde ese respeto y se acude a la incautación de fundos para construcciones públicas, o también de víveres en caso de necesidad. Aunque había que pagar una indemnización en especie o en dinero, de hecho, se trataba de ventas forzosas. De esta manera, se empezó a pensar en que, en nombre de algo superior, la utilidad pública, se podía privar de su propiedad a un particular. Si bien con amplitud, la institución de la expropiación por causa de utilidad pública mediante indemnización (C. 8. 11. 9) no surge hasta muy avanzada la época posclásica, casi en el siglo V d. C., ya que en el tiempo anterior no hay registros de disposiciones generales. Es cierto que desde la última etapa de la república las leyes especiales relativas a la construcción de obra pública regulaban la situación de los propietarios que habían sido privados de sus bienes.

- 7) En la época posclásica encontramos una institución singular fundada en la necesidad de abastecer de víveres a las poblaciones en momentos de carestía. Nos referimos al *Synoneto*

o Synoneton (C. Th. 11. 15. 1) o Venalicio (C. Th. 6. 26. 4), llamado en latín *coemptio* (C. 11. 23. 2), como *coemere*, y en forma simple de *emere* (C. Th. 14. 16. 1), por el cual los provinciales estaban compelidos a vender al fisco *species annonarias* (granos) a precios de mercado, llamados también precios forenses (C. Th. 11. 17. 4; C. Th. 15. 1. 49; C. Th. 14. 16. 3). Había un funcionario encargado por el emperador de realizar esas compras, el sintónico (N. 30). Estaban sujetos a esa compraventa forzada los más ricos poseedores de haciendas. Se eximió de esa carga a los “actores” y procuradores de los senadores que administraban en provincias las posesiones de éstos (C. Th. 11. 15. 1). La exención era un privilegio y no fue reproducida en el Código de Justiniano. La *coemptio* revestía la naturaleza de una compraventa obligatoria: como contrato era voluntario, pero el carácter público que tenía hacía que los propietarios estuvieran constreñidos a entregar las especies, de ahí que Libanio, epístola a Modesto 266, coloque a la *coemptio* entre los impuestos. La institución nació para hacer frente a la carestía de trigo que provocaba el hambre de los pueblos.⁹⁶⁰

⁹⁶⁰ DI PIETRO, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 122: “Cuando era necesaria la incorporación pública de un inmueble, se prefería seguir la vía jurídica adecuada. Augusto, recurrió a la compraventa para adquirir el terreno necesario para construir el Foro. Frontino (*de aquis urbis Romae*, c. 125, 128) nos habla del sc. *Aquaeductibus* (s. II a. C.), por el cual *sini iniuria privatorum*, se podía forzar al dueño de los materiales (tierra, arena, piedras, etc.) a venderlos para construir un acueducto. Pero no estaba referido a los inmuebles. Si el propietario de un fundo se oponía, no se podía realizar la obra (Tit. Liv. 40. 51). Igualmente, Augusto es respetuoso de la propiedad privada, por el *edictum de aquaeductu Venafrano* (última década a. C.), renuncia a expropiar los terrenos necesarios para dicho acueducto; TORRENT, *Manual... op. cit.*, pp. 280 y ss; ARANGIO RUIZ, *Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 201 y ss; BONFANTE,

IV. 2. Las restricciones por relaciones de vecindad

- 1) La Ley de las XII Tablas (7. 10) establecía que el dueño de un fundo puede entrar al fundo vecino, día por medio para recoger las bellotas del árbol propio caídas en éste. Esto se extiende a cualquier fruto u otra cosa caída (D. 43. 28. 1. 1; D. 39. 2. 7. 2; D. 39. 2. 9. 1; D. 10. 4. 5. 3-5). El pretor estableció el interdicto de *glande legenda*, prohibiendo el uso de la violencia para que no se recoja dentro del tercer día (D. 43. 28. 1. pr.).
- 2) Cuando las ramas de un árbol invaden un fundo vecino, el dueño de este último podía pedir que el vecino lo aclare hasta la altura de 15 pies. Si no lo hacía, el requirente podía podar las ramas y llevárselas como leña (L. XII Tablas, 7. 9; D. 43. 27. 1. 7; D. 43. 27. 1. 2). Si las ramas invadían un edificio, el vecino podía pedir la tala del árbol y si no lo hacía, estaba autorizado a realizarlo él mismo (D. 43. 27. 1. pr; D. 43. 27. 2). De la misma manera, ocurría con las raíces que podían ser eliminadas (C. 8. 1. 1).
- 3) El fundo debía estar limitado mediante la ceremonia religiosa de la *limitatio*. Entre fundo y fundo había que dejar un espacio libre de cinco pies, llamado *ambitus* en la ciudad e *iter limitare* en el campo. En la época posclásica no se podía oscurecer totalmente la casa del vecino (D. 7. 1. 30; D. 8. 2. 10). Se

Instituciones..., op. cit., pp. 315 y ss; SCIALOJA, *Teoría...*, op. cit., pp. 305 y ss; AMBROSIONI, *Lecciones...*, op. cit., pp. 539 y ss; RASCÓN GARCÍA, C. y GARCÍA GONZÁLEZ, J. M. (1993). *Ley de las XII Tablas. Estudio preliminar, traducción y observaciones* (pp. 31, 93 a 95). Madrid: Tecnos; RUÍZ CASTELLANOS, A. (1991). *Ley de las XII Tablas. Introducción, introducción crítica, traducción, notas e index verborum* (p. 91). Madrid: Ediciones Clásicas.

prohibió construir a menos de 12 pies de distancia respecto del otro, o de 15 pies si es un edificio público (C. 8. 10. 11. 2). No se podía construir a menos de cien pies de distancia de los ya existentes que tenían vista al mar (C. 8. 10. 12. 4 y 13; N. 63 y 165). La altura de los edificios no debía superar los cien pies (C. 8. 10. 12. 4 y 13).

- 4) Distintas disposiciones establecieron que el propietario de un fundo debía permitir la invasión de humo y de otras emanaciones, dentro de los límites normales, por parte del fundo vecino (D. 8. 5. 8. 5-6-7).
- 5) El agua producida por las lluvias tenía que correr naturalmente del fundo superior al inferior (D. 39. 3. 1. 13-15), pero si por consecuencia de obras del hombre (diques, zanjas) el agua era repelida al fundo superior o derivada al inferior, se concedía la *actio aquae pluviae arcendae* (acción para que se contengan las aguas de lluvias, D. 39. 3. 1. 10; D. 39. 3. 2. 5; D. 39. 3. 1. 12).
- 6) Si un edificio amenaza ruinas y podía producir daños por derrumbes sobre el vecino, antes de que se produzca el daño, se podía exigir al dueño del edificio que preste la *cautio damni infecti* (caución de daño temido). Existía un precedente en las *legis actiones* (Gayo, 4. 19).
- 7) Cuando una persona efectuaba en un fundo ajeno obras o construcciones que perjudican al vecino, éste podía denunciar la obra nueva a los efectos de impedir su continuación. Este procedimiento se denominaba *operis novi nuntiatio* (D. 39. 1), a su vez se le podía conceder el *interdictum ex operis novi nuntiatione* (interdicto de demolición), por el cual se demolía la obra nueva.

- 8) Si alguien realizaba, en forma violenta o clandestina, obras o trabajos en el inmueble ajeno sin autorización, el poseedor o el que tenía interés legítimo en que cesaran los perjuicios contaba con el interdicto *quod vi aut clam*, que restablecía las cosas a su primitivo estado (D. 43. 24. 1. pr.). Éste era de carácter restitutorio y estaba parcialmente provisto de efectos penales (D. 43. 24. 1. 1).⁹⁶¹

La propiedad, al ser un derecho absoluto y como prototipo de los derechos reales, es defendible *erga omnes*. El propietario puede defenderse contra cualquiera que perturbe su situación y estaba amparado por diversos remedios procesales, entre los cuales podemos mencionar: a) La acción petitoria, como eran la *rei vindicatio* y la *actio Publiciana in rem*, y medidas procesales preparatorias, tales como el *interdictum quem fundum* y la *actio ad exhibendum*; además, tenía la *actio negatoria* (el propietario negaba que la cosa propia estuviera gravada a favor de otro con derechos reales limitadores del goce y disponibilidad); b) Para reglar sus relaciones vecinales, gozaba de acciones como la *actio finium regundorum*, la *actio pluviae arcendae*, la *cautio damni infecti* y la *operis novi nuntiatio*, así como también contaba con una serie de interdictos (*interdictum quod vi aut clam*, *interdictum ex operis novi nuntiatione*, etc.); c) Poseía acciones penales por los delitos que afectaban la cosa que se tenía en propiedad, tal como la *actio furti*, la *actio vi bonorum raptorum*, la *actio legis Aquiliae*, además de la *condictio furtiva*; d) Finalmente, como poseedor legítimo estaba protegido por los interdictos posesorios. Interdictos

⁹⁶¹ DI PIETRO, *Derecho...*, op. cit., pp. 122 y ss; AMBROSIONI, *Lecciones...*, op. cit., pp. 541 y ss; DI PIETRO, A. (1967). *Institutas de Gaius. Texto traducido y notas* (pp. 289 y ss.). La Plata: Ediciones Librería Jurídica; RASCÓN GARCÍA y GARCÍA GONZÁLEZ, *Ley...*, op. cit., pp. 19, 20, 83 a 85; RUÍZ CASTELLANOS, *Ley...*, op. cit., pp. 77.

para retener la posesión: *uti possidetis* (para la posesión de inmuebles, Gayo 4. 149 y 4. 150) y *utrubi* (para la posesión de muebles, Gayo 4. 149; 4. 150; 4. 151). Interdictos para recuperar la posesión: *de unde vi* (despojo con violencia), *unde vi armata* (despojo ejercido por medio de violencia ejercida por una banda armada o simplemente con armas), *de precario* (persigue la restitución de la cosa cedida al precarista) y *de clandestina possessione*, esto es, si uno se alejó de su inmueble para ir al mercado y en el ínterin un tercero entra clandestinamente al inmueble, el primero al regresar podía expulsarlo empleando la fuerza, pero no por medio de *vi armata* (Gayo 4. 154 *in fine* y 4. 155), pero si el intruso lo repelía y se quedaba con la cosa, entonces el despojado perdía la posesión *in corpore*, más por violencia que clandestinamente (D. 41. 2. 6. 1) y podía plantear el interdicto *unde vi* y luego el *uti possidetis* (D. 43. 17. 1. 4).⁹⁶²

Todas las medidas procesales judiciales y extrajudiciales que garantizaban el derecho de propiedad nos hacen arribar a la conclusión de que para los romanos la propiedad era considerada de carácter inviolable, a pesar de no aparecer como característica en forma expresa en los textos.

V. Recepción en derecho intermedio: las Siete Partidas

En las Siete Partidas, el tema es abordado tomando como base la

⁹⁶² DI PIETRO, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 136 y ss., y 115 y ss. En concordancia, BONFANTE, *Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 308 y ss; TORRENT, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 282 y ss; ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, pp. 239 y ss; AMBROSIONI, *Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 508 a 523 y 585 a 634; DI PIETRO, *Institutas...*, *op. cit.*, pp. 347 a 350; ORTOLÁN, *Explicación...*, *op. cit.*, pp. 360 y ss.

noción de propiedad quiritaria romana como absoluta e individualista. La Partida III, en el Título XXVIII, en la Ley I, expresa:

Señorio es poder que ome ha en su cosa de fazer della, e en ella lo que quisiere: segund Dios, e segund fuer. E son tres maneras de señorio. La vna es poder esmerado que han los Emperadores, e los Reyes en escarmentar los malfechores, e en dar su derecho a cada vno en su tierra. E deste fablamos assaz cumplidamente en la segunda Partida, e en muchas leyes de la quarta deste libro. La otra manera de señorio, es poder que ome ha en las cosas muebles, o rayz deste mundo en su vida: e despues de su muerte passa a sus herederos, o a aquellos a quien la enagenasse mientra biuiesse. La tercera manera de señorio, es poderio que ome ha en fruto en renta de algunas cosas en su vida, o a tiempo cierto, o en castillo, o en tierra que ome ouiesse en feudo, assi como dize en las leyes deste libro, que fablan en esta razon.

Este precepto engarza la recepción del derecho romano con el derecho canónico y el derecho feudal medieval castellano, en donde la propiedad era, por antonomasia, señoría. Este dominio consistía en un poder que tenía el hombre sobre el cuerpo de la cosa y sobre su disposición. A pesar del carácter absoluto de la propiedad, ésta tiene restricciones que son impuestas por el derecho, es por esto que en la misma Partida III, en el Título XXXII, en la Ley XIII, en la última parte manifiesta: “Ca segun que dixerón los sabios antiguos, maguer el ome aya poder de fazer en lo suyo lo que quisiere. Pero deuelo fazer de manera que non faga daño, nin tuerto a otro”.⁹⁶³

⁹⁶³ MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1885). *Códigos Antiguos de España* (pp. 463 y 479). Tomo I, Madrid: Administración Arco de Santa María; SUÁREZ BLÁZQUEZ, *Orígenes...*, *op. cit.*, pp. 143.

VI. Concepto de propiedad en el derogado Código Civil de Vélez Sarsfield

El término propiedad no tiene un concepto unívoco para el derecho, sino que es utilizado con diversas y distintas acepciones. Para Vélez, propiedad y dominio eran sinónimos (artículos 2509, 2511, 2512, 2513, 2515, 2516, 2518, 2520, 2604, 2605, 2606, 2757, etc.), y la ubicaba dentro del ámbito del patrimonio (artículo 2311 y 2312). En general, se acepta que la propiedad es el género y abarca a todos los derechos de contenido patrimonial, incluidos también los que recaen sobre las cosas, mientras que el dominio se emplea para el derecho real sobre las cosas en el comercio (artículos 2311 y 2336 del Código Civil). Según la posición dominante, la palabra propiedad es más abarcativa, pues se la puede emplear para referirse a todos los derechos susceptibles de apreciación pecuniaria. Comprende al dominio, que es el derecho de propiedad sobre las cosas. Como consecuencia de la mayor amplitud acordada al vocablo propiedad, es posible hablar de propiedad literaria, científica, artística o industrial para aludir a situaciones complejas, absolutamente ajenas al dominio y que, inclusive, en ciertos aspectos desbordan al ámbito patrimonial, como ocurre con el derecho moral de autor. Inclusive, a veces, en un mismo artículo se usan las dos expresiones aludiendo al derecho en sí mismo o al titular (artículos 2508 y 2510 del Código Civil).⁹⁶⁴

⁹⁶⁴ AREÁN, B. (1997). *Curso de Derechos Reales* (pp. 191 y ss.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot: "Vélez Sarsfield usó la palabra dominio en el sentido de propiedad, siendo esta última expresión la más apropiada para constituir las disposiciones contenidas en los distintos títulos de nuestro Código Civil, dedicados a la materia una teoría general del derecho de propiedad, aplicables a toda clase de propiedades, salvo las limitaciones a cada una de ellas"; CIFUENTES, S. (2008). *Código Civil. Comentado y anotado* (pp. 565). Tomo IV. Buenos Aires: La Ley; TOZZONI, C.

(1995). *Los delitos de hurto y robo* (pp. 82 y ss.). Buenos Aires. Depalma: “La doctrina en general sitúa el contenido de este bien tutelado en las disposiciones de los artículos 2311 y 2312 del Código Civil y las notas puestas a ellos por Vélez Sarsfield, que determinan en cambio, el ámbito del patrimonio de las personas. La propiedad identificada con el dominio, definida por Savigny, como la extensión de la libertad individual o derecho a percibir la mayor suma de utilidades que produzca una cosa y que nuestro Código Civil legisla en el artículo 2506, como dominio de las cosas, diciendo que es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona, dio lugar, en la historia de la humanidad, a movimientos políticos que oscilaron desde un concepto romano, en el cual el *dominium* era una plena *in re potestas* según Justiniano en sus Institutas, hasta llegar, a través del absolutismo feudalista medieval, a las pujas más modernas entre los conceptos de propiedad individual, de propiedad colectiva, y con cierto eclecticismo, de un concepto social de la propiedad, que la somete a limitaciones legales en la extensión de sus derechos, con un criterio amplio de respeto a lo social, y que entre nosotros ha fructificado, en alguna medida en las disposiciones de los artículos 1071, introducido por la Ley 17.711, y 1071 bis, agregado por la ley 21.173, ambos del Código Civil”; KIPER, C. (2007). *Código Civil Comentado. Derechos Reales* (pp. 618 y ss.). Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; PAPAÑO, R., KIPER, M. DILLON, G. y CAUSSE, J. (1995). *Derechos Reales* (pp. 169 y ss.). Tomo I. Buenos Aires: Depalma; BORDA, G. (1990). *Manual de Derechos Reales* (pp. 137 y ss.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot: “Generalmente las palabras propiedad y dominio se emplean como sinónimos, aludiendo específicamente al derecho real regulado en el Código Civil. Pero también ocurre que el vocablo propiedad se utilice con un significado más comprensivo, aludiendo no sólo al dominio en sí mismo, sino también a los otros derechos reales y aún personales que están ínsitos en él. Esta cuestión terminológica tiene particular importancia en relación a la protección constitucional de la propiedad”; MARIANI DE VIDAL, M. (1997). *Curso de Derechos Reales* (pp. 262 y ss.). Tomo I. Buenos Aires: Zavalía: “El Código Civil utiliza generalmente en forma indistinta los términos propiedad y dominio, pero también emplea el primero como sinónimo de derecho real (artículos 2351, 2757, 2758 y

El dominio estaba definido en el artículo 2506 del Código Civil como el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona. Agregaba el artículo 2513 que era inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme al ejercicio regular, o también lo utilizaba como sinónimo de derecho real (artículo 2531) y llamaba propietario al *dominus* o señor de la cosa, titular del derecho real de dominio (artículos 2612, 2614, 2615, 2616, 2758, 3766, etc.). También se hablaba de propiedad no solo respecto de las cosas, sino también en materia de créditos (artículos 732, 1457, 1459), de derechos intelectuales, de propiedad industrial, marcas y patentes. En el Código Civil derogado, la palabra dominio tenía un significado técnico preciso: era el derecho real más extenso y completo que podía recaer sobre una cosa determinada. Esto surgía del artículo 2506, pero había que agregarle a la frase “de una manera absoluta, exclusiva y perpetua”, porque la definición de dicho artículo podía ser aplicada también a otros derechos reales, pues como señaló Allende, en todos los derechos reales sobre la sustancia, la cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción del titular. Vélez, al final de la nota al artículo 2506, aceptó para legislación la definición de los jurisconsultos Aubry y Rau: “La propiedad en el sentido propio de la palabra (dominio) expresa la idea de poder jurídico, el más completo de una persona sobre una cosa, y puede definirse como el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra

3766) y aún de derecho patrimonial (artículos 732, 1457 y 1459). El determinar con exactitud el alcance de los vocablos no responde solo a una cuestión doctrinaria, sino esencialmente práctica y de implicancia constitucional, ya que el artículo 17 de la Constitución Nacional argentina declara a la propiedad privada inviolable”; 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* (p. 696). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

sometida de una manera absoluta y exclusiva, a la voluntad y a la acción de una persona”. Es decir, se le agregaban a la definición de dominio, los caracteres de absoluto y exclusivo, pero no incluía el carácter de perpetuo, quedando incompleta. También citaba el artículo 544 del Código de Napoleón, que expresa: “La propiedad es el derecho de gozar y de disponer de las cosas de la manera más absoluta”, definición que el codificador criticaba por considerarla meramente descriptiva. Además, citaba las Leyes de Partida, en donde se transcribe parcialmente la Partida III, Título XXVIII, Ley I, que dice que “el dominio es el poder que el hombre tiene en su cosa de hacer de ella y en ella lo que quisiere según Dios y según Fuero”, citando después la última parte de la misma Partida III, Título XXXII, Ley XIII, que expresa que “según dijeron los sabios antiguos, aunque el hombre tenga poder de hacer en lo suyo lo que quisiere, débelo hacer de manera que no haga daño ni atropello a otro”. Esto nos indica que Vélez, no obstante su concepción liberal sobre la propiedad, no soslayaba la importancia del derecho natural. Esto trasluce un pensamiento individualista de nuestro codificador, si bien le otorgó al derecho de propiedad el carácter de absoluto, éste encontraba limitaciones en el derecho de los demás y en la existencia de ciertos intereses que están por encima de los particulares, a los cuales éstos deben subordinarse. No por nada en el Título VI, Libro III, del derogado Código Civil reguló las restricciones y límites al dominio.⁹⁶⁵

⁹⁶⁵ KIPER, *Código...*, *op. cit.*, pp. 618 y ss; PAPAÑO, KIPER, DILLON y CAUSSE, *Derechos...*, *op. cit.*, pp. 169 y ss: “El dominio como derecho real es el mayor sometimiento de que puede ser objeto una cosa a una persona, y, correlativamente, el mayor, el más extenso y el más completo poder que su titular puede tener sobre la cosa misma; los demás derechos reales no son sino cada uno de ellos, un fragmento de esa totalidad que es el dominio”; AREÁN, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 191 y ss; BORDA, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 137 y ss; MARIANI DE VIDAL, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 262 y ss; SCHIPANI, *Código...*, *op. cit.*, pp. 696.

Los caracteres del dominio que lo definen son el ser absoluto, exclusivo y perpetuo. 1) El término absoluto está empleado en el sentido de que el dominio es el derecho real que le confiere a su titular mayor cantidad posible de facultades o poderes sobre una cosa. Decimos posible, porque la cantidad e intensidad de tales facultades dependerá del ordenamiento jurídico de que se trate, conforme a los criterios filosóficos y políticos que le sirven de base. Entendido así, el carácter absoluto es su corolario, que no se puede concebir como derecho ilimitado, lo que constituiría una concepción antisocial. Por eso el ordenamiento velezano contenía normas relativas a las restricciones y los límites al dominio; 2) Exclusivo, porque dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa (artículo 2508 del Código Civil). Es por ello que cualquiera que reclamare un derecho sobre la cosa de otro deberá probar su pretensión, y hasta que no se dé esa prueba el propietario tiene la presunción de que su derecho es exclusivo e ilimitado (artículo 2805 del Código Civil); 3) Y perpetuo, ya que no está sujeto a extinguirse por el transcurso de algún plazo y consecuentemente subsiste con independencia del ejercicio que se pueda hacer de él, y aunque no se ejerza sobre la cosa ningún acto de propiedad (artículo 2510 del Código Civil).⁹⁶⁶

⁹⁶⁶ PAPAÑO, KIPER, DILLON y CAUSSE, *Derechos...*, *op. cit.*, pp. 174 y ss; KIPER, *Código...*, *op. cit.*, pp. 619 y ss; KIPER, C. (2007). *Código Civil Comentado. Derechos Reales* (pp. 10 y ss.). Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni: "Es así, que el derecho de dominio está sometido a numerosas restricciones, no solo respecto de los vecinos y fundos contiguos, sino también en el interés público. Recordando las palabras que tomó Vélez de la obra de Demolombe y que puso como último párrafo de la nota del artículo 2508 del Código Civil: 'Cuando establecemos que el dominio es exclusivo y (absoluto), es con la reserva que no existe con este carácter, sino en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial a la sociedad: el predominio, para el mayor bien de

todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés individual'. El artículo 2611 del Código Civil establece que las restricciones impuestas al dominio privado solo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo, con lo cual se le reconoce al Estado un extraordinario poder de limitación del dominio, al instituirse el *numerus apertus* para las restricciones impuestas en el interés público por el derecho administrativo. Sin embargo, en el Código Civil existen algunas restricciones al dominio como dice el artículo 2611, fundadas también en el interés público, como sucede, con el camino de sirga (artículo 2639), o con las cláusulas de inenajenabilidad (artículos 2612 y 2613), aunque tal vez en ellos prevalezcan connotaciones de interés público, como ocurre con el principio del *numerus clausus* (artículo 2502). Vélez dice al respecto, en el segundo párrafo de la nota del artículo 2611, que las restricciones al dominio privado en mira de salvar otros derechos de las propiedades contiguas, son principalmente el único objeto de este título, y si agregamos disposiciones sobre la libre transmisión de los bienes, es en el interés de esos mismos bienes. Estas disposiciones no tienen en realidad otro objeto que el de determinar los límites en los cuales debe restringirse el ejercicio normal del derecho de propiedad, o de conciliar los intereses opuestos de los propietarios vecinos. Se puede decir entonces, que restricciones y límites al dominio son las normas legales (nunca convencionales) que regulan ese derecho real, compatibilizando los derechos y obligaciones que por igual gozan los hombres en sus relaciones de vecindad (en interés predominantemente privado) o en miras de un interés público, para armonizar el derecho privado o individual con el interés general y colectivo. Por consiguiente, existen restricciones y límites fundados en razones de vecindad y en consideración a un interés público. Modernamente se ha querido justificar las restricciones al dominio en interés recíproco de los vecinos, en las doctrinas, entre otras del abuso del derecho (art. 1071 C. Civ.) y del uso excepcional del fundo"; MARIANI DE VIDAL, *Curso...*, *op. cit.* 285 y ss: "Es absoluto no en el sentido de oponible *erga omnes*, ya que desde este punto de vista todos los derechos reales lo son, sino que es el derecho real que otorga a su titular la mayor cantidad de facultades posibles sobre la cosa, lo cual no impide la existencia de restricciones que, configurando el estatuto normal del dominio; no alcanzan a

VII. Concepto y evolución de la propiedad en la Constitución argentina

Entre los derechos individuales que el constitucionalismo moderno o clásico protegió con más intensidad se halla el de propiedad. El derecho de propiedad, de cuño individualista, recibió el impacto de las transformaciones ideológicas, sociales y económicas, hasta llegar a las doctrinas que le asignan una función social, y a las fórmulas del constitucionalismo social, como en la constitución de Weimar de 1919, que enuncian el principio de que “la propiedad obliga”. Entre el extremo del liberalismo individualista y las concepciones afirmativas de que la propiedad tiene una función social, transcurre toda una etapa larga para advertir el progreso que significa la última de las teorías señaladas.⁹⁶⁷

borrar este carácter. Exclusivo: dos personas no pueden tener en el todo, el dominio de una cosa. Y perpetuo: el derecho de dominio no requiere que se lo ejercite para conservarlo, es decir, no se extingue por el no uso, a diferencia de otros derechos reales, cuyo no ejercicio acarrea su pérdida (usufructo, uso, habitación y servidumbres, artículos 2924 ,2969 y 3059)”; CIFUENTES, *Código...*, *op. cit.*, pp. 564 y ss; BORDA, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 144 y ss; AREAN, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 195 y ss.

⁹⁶⁷ BIDART CAMPOS, G. (1998). *Manual de la Constitución Reformada* (pp. 115 y ss.). Tomo II. Buenos Aires: Ediar: “El movimiento socialista y luego el marxista, se encargaron de llevar su ataque a la propiedad privada, especialmente con respecto a los llamados medios de producción, a los que propone colectivizar para alcanzar la emancipación del proletariado. Las constituciones que, con posterioridad a la Revolución Rusa de 1917, se enrolaron en esta línea, tanto en la ex Unión Soviética como en los estados aliados en su órbita de irradiación, organizaron el orden social y económico tomando en cuenta la socialización de la propiedad de los medios de producción. La extinción de la Unión Soviética y sus satélites, puso de moda un neoliberalismo capitalista, que en sus políticas sacrifica el constitucionalismo social

La legislación civil del siglo pasado daba al derecho de propiedad casi el carácter de un atributo de soberanía sobre la cosa. Nuestra Constitución, como todas las de su época, se inspiró en esa doctrina. Por ello, puso especial énfasis en trazar las características del derecho de propiedad, al cual le consagra el artículo 17 y menciona en los artículos 14 y 20. Pero no obstante ello, dio preferencia sobre este derecho a los derechos personales. Juan Bautista Alberdi defendía la sacralización de los derechos patrimoniales como una legítima reacción de la Revolución de Mayo contra el despotismo económico. Entendía que no debía haber restricciones de ningún tipo para el derecho de propiedad y complemento necesario: la libre empresa. La aparición y el desarrollo de la cuestión social influyó también en la regulación constitucional del derecho de propiedad. A partir del presente siglo, los sistemas políticos democráticos, todos los cuales aceptan la propiedad privada, van incorporando algunas restricciones de tipo social en el ejercicio de este derecho, con un sentido profundamente humanístico. La doctrina social de la Iglesia tuvo preponderante influencia en suavizar los aspectos más crudos del individualismo decimonónico, que pretendía sacralizar al derecho de propiedad. La función social de la propiedad es una limitación genérica sobre el derecho de propiedad, que impide que el titular de éste pueda usarlo en forma disfuncional o contraria a los principios de la moral social media. Se traduce en limitaciones específicas al

so pretexto de valorizar el mercado y a la libre competencia”; EKMEKDJIAN, M. (1999). *Manual de la Constitución Argentina* (pp. 141 y ss.). Buenos Aires: Depalma: “En un extremo, el liberalismo individualista otorga protección constitucional superlativa a la propiedad privada, a punto tal de ponerla en un rango superior a los derechos personales e incluso personalísimos. En el otro extremo, aparecían las constituciones inspiradas en el marxismo, algunas de las cuales llegaron a proscribir la propiedad privada. Según las últimas orientaciones de los países comunistas, este criterio parece estar en vías de extinción”

ejercicio del derecho e incluso en la imposición de cargas al propietario en función del bien común. Esto se incorpora a nuestra Constitución material a partir de 1922, cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia acepta la validez constitucional de la primera ley de prórroga de las locaciones urbanas y de rebaja de los alquileres (Horta, J. c/ Harguindeguy, E. s/ Consignación de alquileres, 21/08/1922). En 1957 se incorpora el artículo 14 bis, que no trajo mayores precisiones en lo que atañe a la función social de la propiedad. Sin embargo, este concepto se mantuvo y afianzó no solo con relación a situaciones económicas específicas, establecidas por leyes especiales (alquileres, agio, arrendamientos rurales, etc.), sino incluso en forma genérica, por la reforma de los artículos 2513 y 2514 del Código Civil por la Ley 17.711, que modificó el concepto romanista del derecho de propiedad y lo reemplazó por el que le reconoce una función social.⁹⁶⁸

⁹⁶⁸ EKMEKDJIAN, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 141 y ss: "Las constituciones decimonónicas se adscribieron al criterio liberal. Es menester recordar las encíclicas papales: *Rerum Novarum*, *Quadragesimo Anno*, *Mater et Magistra*, *Populorum Progressio*, etc; que se han ocupado de señalar la función social que tiene el derecho de propiedad. La encíclica *Populorum Progressio* dice que la propiedad no es derecho incondicional y absoluto, de modo tal que, si existe un conflicto entre el derecho de propiedad de algunos individuos y las exigencias comunitarias primordiales, toca a los poderes públicos procurar una solución. El Concilio Vaticano II ha expresado que la propiedad privada tiene también índole social, cuyo fundamento reside en el destino común de los bienes. El documento de Puebla de 1979 expresa, entre otras cosas, que la propiedad privada está gravada por una hipoteca social". En coincidencia, BIDART CAMPOS, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 115 y ss: "La doctrina social de la Iglesia ha reivindicado para el derecho de propiedad individual el carácter de derecho natural primario. Sin embargo, no deja de advertir que hay un destino común de los bienes, conforme al cual Dios ha destinado la tierra y todo lo que en ella se contiene para uso de todos los hombres y de todos los pueblos, de modo

El derecho a “tener propiedad” solamente se concreta en un derecho de propiedad sobre algún bien determinado, cuando el derecho positivo adjudica a un sujeto el título respectivo conforme a algún acto jurídico reconocido como adquisitivo de propiedad.⁹⁶⁹

El derecho constitucional formal que reconoce y garantiza el derecho de propiedad y el derecho constitucional material que se ha encargado, sobre todo por fuente de derecho judicial, de especificar sus contenidos, asignan al término propiedad un concepto que excede mucho al propio del derecho civil. Propiedad en sentido constitucional es más que propiedad o dominio en el sentido civilista, donde se mueve en torno de los derechos reales. El derecho judicial ha aplicado al derecho de propiedad dos principios importantes. El primero remite al general ya conocido de que ningún derecho contenido en la Constitución es absoluto sino relativo; con este principio la Corte Suprema ha superado todo atisbo de individualismo en la concepción constitucional del derecho de propiedad, para asimilar el criterio de la función social de éste. El otro principio se encarga de admitir que los derechos patrimoniales, equivalentes al de propiedad, pese al amparo constitucional del que disponen,

que los bienes creados deben llegar a todos en forma justa, según la regla de la justicia inseparable de la caridad a tenor de la declaración del Concilio Vaticano II. Afirmar que los bienes están destinados a la utilidad de todos los hombres, sin exclusión de ninguno, significa acoger el principio dikelógico que, sostenido por Legaz y Lacambra, señala que todo hombre debe tener propiedad, o lo que es lo mismo, que la posibilidad de acceso a una cierta propiedad necesaria para vivir dignamente es debida por exigencia del deber ser ideal de justicia.”

⁹⁶⁹ BIDART CAMPOS, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 116 y ss: “El Estado tiene el deber de promover los derechos humanos, le cabe en relación al derecho de propiedad la obligación de estructurar un orden socioeconómico justo, que haga posible a los hombres acceder con su iniciativa privada a la propiedad de los bienes necesarios para poder vivir conforme a su dignidad de persona”.

pueden ser renunciados válidamente por sus titulares. Ello quiere decir que la Constitución no se opone a que su titular los decline y cuando esto ocurre, no hay violación constitucional, ni tutela constitucional que invocar.⁹⁷⁰

El concepto genérico de propiedad constitucional, que engloba todas sus formas posibles, ha sido acuñado por la jurisprudencia de la Corte al señalar que el término propiedad empleado en la Constitución comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, con lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciables en dinero alcanzan nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad.⁹⁷¹

⁹⁷⁰ BIDART CAMPOS, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 117; SABSAY, D. y ONAINDIA, J. (1995). *La Constitución de los Argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994* (pp. 67 y 68). Buenos Aires: Errepar: "El derecho de propiedad garantizado en el artículo 17 de la Constitución Nacional integra el catálogo de derechos fundamentales. La consagración de derechos sociales y económicos ha variado la concepción originaria de este derecho y permite la imposición de restricciones que armonicen el derecho de propiedad con el interés social. El Pacto San José de Costa Rica en su artículo 21 y bajo el rótulo derecho de la propiedad privada, establece que toda persona tiene el derecho de uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. Dicha norma, que adquirió jerarquía constitucional con la reforma de 1994, consagra la teoría de la función social de la propiedad, la cual sostiene la necesidad de que el ejercicio de este derecho redunde también en beneficio de la sociedad y no solo en el de su titular".

⁹⁷¹ BIDART CAMPOS, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 117 y ss. En discrepancia parcial, EKMEKDJIAN, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 143 y ss: "Los derechos personales que están excluidos del concepto de propiedad pueden ser objeto, en ciertos casos, de apreciación económica. Tal sucede con el derecho a la vida, que es justipreciado en dinero cuando se fija una indemnización a cargo del responsable de un homicidio. En estos casos, pese a que el dinero es un medio imperfecto y hasta grosero de

Los contenidos que integran el derecho de propiedad quedan amparados por la garantía de su inviolabilidad (artículo 17 de la Constitución Nacional) y son los siguientes: a) los derechos reales, es decir, los ejercidos sobre una cosa (el derecho de dominio y sus desmembraciones, de acuerdo a la legislación común); b) los derechos creditorios o personales, ejercidos contra una o más personas determinadas (deudores) como contrapartida de una obligación a cargo de éstas; c) los derechos patrimoniales regulados por el derecho administrativo, ya sea sobre cosas o contra el Estado y los administrados (concesiones, permisos, derechos de uso); d) el derecho a transmitir y a recibir bienes por causa de muerte, derechos sucesorios reconocidos expresamente a los extranjeros (artículo 20 C.N.) y por ende a todos los habitantes; e) derechos de propiedad intelectual, industrial y comercial; f) la propiedad de la tierra, en el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional se otorga al Congreso de la Nación la función de disponer planes de colonización de tierras de propiedad nacional, igual objetivo establece el artículo 125 de la Constitución Nacional para las provincias; g) los derechos adquiridos e ingresados al patrimonio. Lo que es imprescindible retener es que la calidad de adquirido que tiene un derecho proviene directamente de alguno de los actos jurídicos que se le confieren (ley, contrato, acto administrativo, sentencia,) y no depende del hecho material de que un bien esté realmente en posesión de quien titulariza el derecho adquirido.⁹⁷²

reparación no hay otra forma de compensar el daño sufrido. Por eso, pensamos que el término propiedad debiera ser sustituido por el de patrimonio o derechos patrimoniales, entendiendo por éstos a aquellos que sirven para la satisfacción de las necesidades económicas del titular y que son apreciables directamente en dinero. Este concepto tiene la ventaja de sustituir un término equívoco y de distinguir a los derechos patrimoniales de otros derechos individuales que no obstante su posible apreciación económica, no integran el concepto, por estar en una categoría distinta.”

⁹⁷² EKMEKDJIAN, *Manual...*, op. cit., pp. 144 y ss. En concordancia, BIDART

Nuestro derecho constitucional enfoca la propiedad en el aspecto de propiedad adquirida. Sus normas presuponen para poder funcionar que quien las invoca ya es propietario de algún bien. Por eso, el artículo 14 consigna entre los derechos subjetivos el de usar y disponer de “su” propiedad. Esta declaración acompaña a la del artículo 17, afirmando que “la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley”. Las normas constitucionales sobre la propiedad y su inviolabilidad en nada obstan para sostener que el derecho de propiedad tiene una función social, y que su cumplimiento es exigible razonablemente por el Estado, tanto a favor del éste mismo (cargas fiscales) como en numerosas políticas generales de bienestar general y de desarrollo, y en el área de las relaciones entre particulares (hacer participar a los trabajadores en los beneficios de las empresas, tal como lo estipula el artículo 14 bis de la Constitución Nacional). La reforma de 1994 incorporó a la Constitución Nacional el artículo 75, que en el inc. 17 consigna que el Congreso ha de garantizar a los pueblos indígenas argentinos la posesión y la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan.⁹⁷³

CAMPOS, *Manual... op. cit.*, pp. 118 y ss.

⁹⁷³ BIDART CAMPOS, *Manual..., op. cit.*, pp. 116 y 117: “El sujeto activo que se erige en titular del derecho de propiedad puede ser: a) la persona física; b) la persona de existencia ideal o colectiva (persona jurídica, asociaciones con calidad de sujeto de derecho). El sujeto pasivo del derecho de propiedad es ambivalente: a) por un lado, el Estado, a quien se dirige fundamentalmente la prohibición de violar la propiedad privada; b) los particulares, que no deben perturbar el uso y ejercicio del derecho que ostenta el sujeto activo. El sujeto pasivo, sea quien fuere, también está obligado a no impedir (contra la voluntad de una persona) que ésta adquiera propiedad. El artículo 75, inc. 17, establece que se debe reconocer la personería jurídica de las comunidades indígenas, se entiende que es a cada comunidad en cuanto a persona jurídica (colectiva) a la que atribuye aquella posesión y propiedad, esto no

Desde la óptica del derecho constitucional, el derecho de propiedad es casi absoluto, según surge de los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional. Además, no es exclusivo ni perpetuo. No es exclusivo porque hay restricciones y servidumbres que afectan el goce o el uso de la propiedad. No es perpetuo porque puede

impide ni arrasa la posible propiedad individual de las personas físicas que forman parte de una comunidad aborígen"; BIDART CAMPOS, G. (1999). *Manual de la Constitución Reformada* (pp. 119). Tomo III. Buenos Aires: Ediar: "En el artículo 75, inc. 17, de la Constitución Nacional, existe un reconocimiento a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos aborígenes. Pero no se debe ver en esto una creación de feudos, tampoco un colectivismo no democrático. Posesión y propiedad comunitarias quiere decir, por el calificativo, que esas tierras podrán ser tanto de la persona jurídica que se reconozca en cada sociedad aborígen determinada, cuanto distribuidas y coparticipadas en la forma y con el alcance que el Congreso establezca, o de acuerdo a lo que el estatuto asociativo y organizativo de la persona jurídica colectiva prevea, sin impedimento alguno a mixturas con la propiedad individual. El Congreso tiene además que regular la entrega de otras tierras que sean aptas y suficientes para el desarrollo humano, esto resalta la finalidad promotora que debe revestir la tierra y su uso, como espacio de radicación y de crecimiento para la integración, la cultura diferencial y la convivencia de las comunidades aborígenes. Ninguna de las tierras mencionadas será susceptible de enajenación, de transmisión o de gravámenes y embargos. De esta manera, se garantiza el espacio geográfico de asentamiento, de modo congruente con la finalidad de desarrollo"; BIDART CAMPOS, G. (1995). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo VI: La Reforma constitucional de 1994* (pp. 253 y 259). Buenos Aires: Ediar: "El artículo 17 que enfoca el derecho de propiedad merece tomar en consideración el artículo 75, inc. 17, que hace referencia a los derechos civiles y sociales de los pueblos indígenas: reconocimiento de su preexistencia étnica y cultural, respeto a su identidad, educación bilingüe, reconocimiento de la personería jurídica, posesión y propiedad comunitarias, participación en la gestión referida a sus intereses."

extinguirse mediante la expropiación. Las limitaciones en interés privado (civiles) se rigen por el derecho privado y las referentes al interés público (administrativas) lo hacen por el derecho administrativo, y como éste es tanto federal cuanto provincial, corresponde según el caso a la administración pública federal o local (como principio, la competencia es provincial).⁹⁷⁴

⁹⁷⁴ BIDART CAMPOS, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 130 y ss: “La expropiación es una de las limitaciones al derecho de propiedad en el tiempo, ya que la perpetuidad de ese derecho es susceptible de extinguirse cuando el Estado procede a expropiarlo. La expropiación es un acto unilateral por el cual el Estado priva de la propiedad de un bien al titular del derecho sobre el mismo, con fines de utilidad pública, mediante calificación por ley e indemnización previa e integral del valor de aquel bien. Etimológicamente, expropiar proviene del latín *ex*, que significa poner fuera y *proprietas*, que es propiedad; o sea, sacar un bien del dominio de su titular para cumplir el fin de utilidad pública a que ese bien se destina mediante el acto expropiatorio. La norma constitucional del artículo 17 es escueta, la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. A ella se suman principalmente las normas de la Ley de Expropiación 21.499 de 1977, que sustituyó a la Ley 13.264 que había reemplazado a la vieja Ley 189. Deben tomarse en cuenta, asimismo, las normas que derivan del derecho judicial. En el ámbito provincial, las expropiaciones locales se rigen por las constituciones y las leyes provinciales, interpretadas y aplicadas por sus tribunales, sin perjuicio del ajuste indispensable a las pautas de la Constitución Nacional”; EKMEKDJIAN, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 148 y ss: “Algunos autores sostienen que la cosa expropiada debe beneficiar directamente a toda la comunidad y por ello debe permanecer en el dominio del Estado. La doctrina moderna acepta una mayor laxitud del concepto, a tono con las nuevas nociones de la propiedad, identificando a la finalidad con el interés general. Es decir, que el bien expropiado puede ser afectado al uso no público, siempre que este uso beneficie indirectamente a la comunidad. La amplitud que le han dado al concepto de utilidad pública, las diversas leyes de expropiación han sido reconocidas por la jurisprudencia. El artículo 1 de la Ley 21.499 admite

Por la reforma constitucional de 1994 se incrementaron las limitaciones a la propiedad y se toma actualmente en cuenta: a) el derecho al ambiente sano (artículo 41 de la Constitución Nacional); b) el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 42 de la Constitución Nacional); c) los derechos relacionados con el trabajo y la seguridad social (artículo 14 bis de la Constitución Nacional). Además, subyace la apelación al sistema axiológico integral de la Constitución que diagrama un orden social y económico justo, con igualdad real de oportunidades y de trato, tendiente a asegurar el debido marco social para la libertad de empresa, de contratar, de trabajar, de consumir, de comerciar y ejercer la industria, de iniciativa privada, de mercado y de competencia. Todas las conexiones posibles con el derecho de propiedad en este ámbito anexan limitaciones razonables a la propiedad.⁹⁷⁵

esta amplitud, haciendo referencia al bien común material o espiritual”; BASTERRA, M. (2003). El Derecho de propiedad en Argentina a través de la Interpretación de la Corte Suprema de Justicia. *Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional*, (1), pp. 25 a 70,

⁹⁷⁵ BIDART CAMPOS, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 131 y ss; SABSAY y ONAINDIA, *La Constitución...*, *op. cit.*, pp. 6141 y ss., 150 y ss. y 61 y ss: “Los artículos 41 y 42 de la C.N. regulan los derechos llamados de la tercera generación. El primero de ellos declara al medio ambiente como patrimonio común de la humanidad y por lo tanto determina la forma jurídica de protección, además todo ser humano debe gozar del derecho a un ambiente sano. El segundo art. citado tiene valor programático, ya que deriva al legislador el establecimiento de los métodos de protección para prevenir y solucionar conflictos. Aparece la protección de las relaciones de consumo, y para garantizarla se utilizan valores de reconocido rango constitucional, anterior a la introducción de esta norma, como la libertad, la igualdad, el derecho a la información, la protección a la propiedad en sentido constitucional, la integridad psicofísica y la seguridad. El artículo 14 bis de la C.N. fue el resultado de la reforma producida por la Convención Constituyente de 1957, con su incorporación se elevaron los

Si aplicamos la teoría de las “libertades preferidas” al caso del derecho de propiedad, podemos decir en líneas generales que, dada su inviolabilidad y pese a fuertes restricciones y aún violaciones consentidas en razón de emergencia por el derecho judicial de la Corte, la propiedad ha sido tenida como un “derecho preferido” dentro del plexo constitucional de los derechos personales.⁹⁷⁶

derechos sociales y económicos a rango constitucional y se incorporó nuestra Carta Magna al movimiento del constitucionalismo social, sin olvidar el precedente de la Constitución de 1949. Protege al trabajador que trabaja bajo relación de dependencia, asegurándole las garantías mínimas para la preservación de su dignidad, se refiere también a las relaciones del empleo público y les garantiza su estabilidad; además consagra derechos cuya titularidad corresponde a los gremios (asociaciones gremiales de trabajadores), protegiendo a los trabajadores que ejerzan representación sindical; y consagra derechos de la seguridad social, rama distinta al derecho del trabajo y que alcanza a los trabajadores bajo relación de dependencia como también a los autónomos. Aquí aparece como titular otro grupo intermedio, que es la familia.”

⁹⁷⁶ BIDART CAMPOS, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 118 y 131 y ss: “No obstante ese no es el rango que le asigna el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, muchos de cuyos tratados ni siquiera lo incluyen. El Pacto San José de Costa Rica en el art. 21 enfoca el derecho de propiedad privada: 1) Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2) Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3) Tanto la usura como cualquier otra explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley.” “El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos carece de normas de sobre el derecho de propiedad. En cambio, aparece en la Convención sobre discriminación Racial (artículo 5, d, v), y en la convención sobre discriminación contra la Mujer (artículo 16. 1, h).”

VIII. La propiedad en el Código Civil y Comercial de la Nación

El tema analizado se encuentra legislado actualmente en el Libro IV “Derechos reales”, en el Título III “Dominio”, en los artículos 1941 a 1982 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCC), y ha quedado configurado igual que en la legislación derogada, por lo que se sigue sosteniendo que entre los conceptos de propiedad y dominio existe una relación de género y especie: la propiedad es el género y el dominio, una de sus especies. En el artículo 1941 de CCC se establece: “El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario”. Esta norma da el concepto de dominio, lo considera el derecho real más importante, absoluto y pleno. Además, la definición hace centro en tres ejes. El primero en cuanto descripción de potestades genéricas que otorga a su titular usar, gozar y disponer material y jurídicamente, que tiene su antecedente en el derecho romano y en la época medieval. El segundo, que, pese a tratarse de un derecho real de amplísimas facultades otorgadas a su titular, ellas son acordadas dentro del marco en que la propia ley lo autoriza, ya que la misma legislación en los artículos 1970 a 1982 del CCC regula los límites al dominio. El tercer eje se refiere a la clasificación del dominio en perfecto e imperfecto, siendo este último el tipo de dominio que se encuentra sometido a condición o plazo resolutorio, o también cuando la cosa está gravada con cargas reales (artículo 1946 del CCC). Aquí se incluyen los supuestos de dominio revocable, fiduciario y desmembrado, que se caracterizan porque alguno de los caracteres del dominio (perpetuo, absoluto o exclusivo) se encuentra afectado o restringido (artículos 1964 y siguientes del CCC).⁹⁷⁷

⁹⁷⁷ HERRERA, M., CARAMELO, G. y PICASSO, S. (2016) *Código Civil y Comercial*

El artículo 1942 del CCC dispone: “El dominio es perpetuo. No tiene límite en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio. No se extingue aunque el dueño no ejerza sus facultades, o las ejerza otro, excepto que éste adquiriera el dominio por prescripción adquisitiva”. La actual regulación reitera el precepto del Código Civil derogado, dado que el dominio conserva el carácter de perpetuo en tanto no está sujeto a extinguirse por algún hecho o acto ulterior. La cosa queda sujeta a su titular continua y permanentemente sin que el transcurso del tiempo incida en la titularidad que se le atribuye. Por lo tanto, la ausencia prolongada del dueño no extingue el derecho a su favor. También aclara que, si las facultades las ejerce otro, opera la excepción si llega a la adquisición del dominio por prescripción adquisitiva.⁹⁷⁸

de la Nación Comentado. Tomo V. Libro Cuarto. Artículos. 1882 a 2276 (pp. 69 y ss. y 75 y ss.). Buenos Aires: Infojus. “Para elaborar una definición de dominio puede recurrirse a subrayar las facultades fundamentales (por ejemplo, la plena y libre disposición de la cosa) o la voluntad del propietario (por ejemplo, el derecho de darle un destino), el señorío completo y exclusivo que éste detentaba sobre la cosa.” BUERES, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado* (pp. 282 y ss.). Tomo 2. Buenos Aires: Hammurabi; LORENZETTI, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo IX (arts. 1882 a 2161)* (pp. 201 y ss.). En M. F. DE LORENZO y P. LORENZETTI (Coords.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni; VENTURA, G. (2016). El derecho de dominio en el Código Civil y Comercial de la Nación (Análisis exegético de los artículos 1941 a 1982 del CCCN). *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (pp. 1 y ss.). Córdoba: Universidad Católica de Córdoba, <https://www.acaderc.org.ar/2016/10/03/el-derecho-de-dominio-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-analisis-exegetico-de-los-arts-1941-y-1982/>.

⁹⁷⁸ BUERES, *Código...*, *op. cit.*, pp. 283 y ss; HERRERA, CAMELO y PICASSO, *Código...*, *op. cit.*, pp. 71 y ss; LORENZETTI, *Código...*, *op. cit.*, pp. 207 y ss; VENTURA, *El derecho...*, *op. cit.*, p. 3.

Manteniendo el régimen del sistema anterior, el artículo 1943 del CCC determina que “el dominio es exclusivo y no puede tener más de un titular. Quien adquiere la cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que falta al título”. La norma admite un único dueño sobre la cosa; esto diferencia al dominio del condominio (artículo 1983 del CCC). La segunda parte reitera el precepto del artículo 2509 del Código Civil derogado, que impide la adquisición más de una vez de un mismo derecho por un mismo sujeto. Por lo tanto, si una persona adquiere la cosa por un título (compraventa, legado, donación) no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que falta al título.⁹⁷⁹ Como consecuencia de la exclusividad, se establece la facultad de exclusión en el artículo 1944 del CCC que dice: “El dominio es excluyente. El dueño puede excluir a extraños del uso, goce o disposición de la cosa, remover por propia autoridad los objetos puestos en ella, y encerrar sus inmuebles con muros, cercos o fosos, sujetándose a las normas locales”. Esta prerrogativa la tiene el titular del dominio para impedir que otros afecten su potestad en la cosa, y por ello puede, de manera preventiva, encerrar sus inmuebles a los fines de impedir el ingreso de extraños; colocar vallas y defensas de todo tipo, mientras resulten jurídicamente permitidas. Igualmente, en los casos en que la invasión ya se haya producido, puede remover los objetos que se

⁹⁷⁹ LORENZETTI, *Código...*, *op. cit.*, pp. 209 y ss: “Se trata de otra connotación del carácter exclusivo y que se conoce por la máxima *nemini res sua servit*. Así como no pueden coexistir dos derechos de dominio sobre la misma, cosa, tampoco pueden concurrir el dominio y otro derecho real en cabeza de la misma persona. Si alguien es dueño, no tiene sentido que también sea usufructuario de esa cosa, ya que sólo por ser dueño goza de todas las facultades”; BUERES, *Código...*, *op. cit.*, pp. 284 y ss; HERRERA, CAMELO y PICASSO, *Código...*, *op. cit.*, pp. 72 y ss; VENTURA, *El derecho...*, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

hayan introducido en sus inmuebles.⁹⁸⁰ Además, el artículo 1945 dispone la extensión del dominio y expresa que

el dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios. El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales. Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie. Se presume que las construcciones, siembras o plantaciones las hizo el dueño del inmueble, si no se prueba lo contrario.

Dicha extensión refiere a la nómina de elementos y proyecciones que este derecho real comprende. La enumeración podría limitarse a la cosa misma, integrada por el objeto y sus accesorios. Sin embargo, al considerar las cosas inmuebles describe en dos planos su alcance. Por un lado, la horizontal subterránea y la vertical aérea y, por otro, los elementos incorporados a ella. De esta manera, se delimita el alcance del derecho, precisando así una extensión de la cosa que la supera en el plano fáctico. Se debe destacar que la previsión no se aplica, como la anterior, exclusivamente en materia de inmuebles. Ahora, al consignar en primer término a las cosas sin hacer otro distingo, se llega a que se aplica a las muebles y las inmuebles.⁹⁸¹

En los artículos 1947 a 1963 del CCC se establecen los modos

⁹⁸⁰ VENTURA, *El derecho...*, op. cit., p. 5; BUERES, *Código...*, op. cit., p. 285; HERRERA, CAMELO y PICASSO, *Código...*, op. cit., p. 73; LORENZETTI, *Código...*, op. cit., pp. 211 y ss.

⁹⁸¹ HERRERA, CAMELO y PICASSO, *Código...*, op. cit., pp. 73 y ss; BUERES, *Código...*, op. cit., pp. 285 y ss; LORENZETTI, *Código...*, op. cit., pp. 213 y ss; VENTURA, *El derecho...*, op. cit., pp. 5 y ss.

especiales de adquisición del dominio, que tienen su origen en el derecho romano.⁹⁸²

La mayor parte de la doctrina consideraba que el derogado Código de Vélez poseía una posición netamente individualista en relación al dominio, ya que permitía al dueño de la cosa la destrucción o degradación de ésta (*ius abutendi*). En 1968, la reforma producida por la conocida Ley 17.711 atenuó aquel rigor y buscó equilibrarlo al disponer que el uso de la cosa debía ser regular (artículo 2513 del Código Civil), y por ello legisló también sobre el abuso del derecho (artículo 1071 del Código Civil). El actual Código Civil y Comercial profundiza ese camino con la implementación de diversas normas. Al margen de mantener la teoría del abuso del derecho en el artículo 10 del CCC, de continuar poniendo límites a las facultades del titular de dominio, al seguir regulando la usucapión, cediendo de este modo el carácter perpetuo de la propiedad frente a la adquisición realizada por un tercero que posea por el tiempo exigido y de seguir contemplando la figura de la expropiación por parte del Estado en razones de utilidad pública, previo pago de indemnización, hace alusión como novedad a los tratados de derechos humanos (artículo 1 del CCC), resguarda los derechos de incidencia colectiva, incluso limitando los derechos individuales (artículo 14 del CCC), reconoce la propiedad comunitaria indígena (artículo 18 del CCC), protege la vivienda (artículos 244 y ss. del CCC), disponiendo a su vez que es menester asegurar la sustentabilidad de los ecosistemas, la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales y el paisaje, entre otros (artículos 240 y 241 del CCC). En virtud de esto último, podemos decir que ya no nos encontramos solo frente a una función social de la propiedad, sino una función socioambiental de la misma.⁹⁸³

⁹⁸² BUERES, *Código...*, *op. cit.*, pp. 219 y ss; VENTURA, *El derecho...*, *op. cit.*, pp. 8 y ss; HERRERA, CARAMELO y PICASSO, *Código...*, *op. cit.*, pp. 75 y ss.

⁹⁸³ DE ROSA, D. (2017). Constitucionalización del derecho privado y sus implicancias

IX. Conclusiones

En el derecho romano, en los primeros tiempos, no era lo mismo dominio y propiedad. Originariamente no existió el concepto de propiedad, pero sí el contenido de ésta dentro de los amplios poderes del *pater familias*. Es a finales de la *Respublica* que aparecen las palabras *proprietas*, que señala lo que es *propium* de alguien, y *dominium*, vinculado a *domus* o al *dominus* igual “señor, dueño”. En la época clásica, estos vocablos serán utilizados como sinónimos. Esta institución fue recogida por el derecho intermedio en las antiguas leyes españolas. Nuestro codificador Vélez Sarsfield, basándose en la tradición romano-hispánica, adoptó y legisló al dominio en el Código Civil como el derecho real más amplio que tenía el hombre sobre la cosa y lo protegió de toda injerencia extraña, aunque reguló diversas limitaciones de su uso y disposición. Se acepta que la propiedad es el género, mientras que el dominio es la especie.

El término propiedad es empleado en nuestra Constitución con un significado más amplio y no solo abarca al dominio en sí mismo, sino que también a los otros derechos reales e incluso a los derechos personales que están incluidos en él. El artículo 14 de la Constitución Nacional argentina garantiza a todos los habitantes de la nación el derecho de usar y disponer de su propiedad y el artículo 17 declara la inviolabilidad de ésta. Asimismo, se consagró el principio de función social de la propiedad, que fue restablecido por la reforma de 1994 mediante la incorporación con jerarquía constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en el artículo 21 dispone que toda persona tiene el derecho al

en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y en especial los derechos reales. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP*, 47, pp. 694 y ss; BUERES, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado* (pp. 69 y ss.). Tomo 1. Buenos Aires: Hammurabi.

uso y goce de los bienes, debiendo la ley subordinar el mismo al interés social.

En el Código Civil y Comercial de la Nación, el dominio ha quedado regulado de la misma manera que en el derogado Código Civil de Vélez, por lo que es el derecho real más importante, absoluto, exclusivo y pleno que una persona puede tener. Pero debemos destacar que con esta nueva legislación civil se ha producido la constitucionalización del derecho privado, dado que se hace alusión como novedad a los tratados de derechos humanos. También se resguardan los derechos de incidencia colectiva, incluso limitando los derechos individuales, se reconoce la propiedad comunitaria indígena, se protege la vivienda, se asegura la sustentabilidad de los ecosistemas, el agua, los valores culturales y el paisaje. Por lo tanto, actualmente la propiedad no solo cumple una función social, sino que debido a los cambios socioculturales, ambientales y legislativos que se han producido ejerce además una función socioambiental, dado que tiene como finalidad su uso racional, beneficiando el medio ambiente, los recursos naturales y el ecosistema. Esto favorece a toda la humanidad.

X. Referencias bibliográficas

- AMBROSIONI, C. (1965). *Lecciones de Derecho Romano*. Tomo II. La Plata: Editorial Jurídica.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. (2010). Las “gentes” y la propiedad colectiva. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección Derecho Romano*, (32), pp. 39-58.
- ARANGIO RUIZ, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*, Traducción de la 10ª edición italiana por José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma.

- AREÁN, B. (1997). *Curso de Derechos Reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- BASTERRA, M., (2003). El Derecho de propiedad en Argentina a través de la Interpretación de la Corte Suprema de Justicia. *Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional*, (1), pp. 25-70,
- BIDART CAMPOS, G. (1998). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo II, Buenos Aires: Ediar.
- BIDART CAMPOS, G. (1998). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo II. Buenos Aires: Ediar.
- BIDART CAMPOS, G. (1995). *Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo VI: La Reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires: Ediar.
- BONFANTE, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*, Traducción de la 8º edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrossa. Madrid: Reus.
- BORDA, G. (1990). *Manual de Derechos Reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- BUERES, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*. Tomo 1. Buenos Aires: Hammurabi.
- BUERES, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, Tomo 2. Buenos Aires: Hammurabi.
- CAPOGROSSI COLOGNESI, L. (1969). *La struttura Della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell' età repubblicana*. Milán: Giuffrè.

- CIFUENTES, S. (2008). *Código Civil. Comentado y anotado*. Tomo IV. Buenos Aires: La Ley.
- DE ROSA, D. (2017). Constitucionalización del derecho privado y sus implicancias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y en especial los derechos reales. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP*, 14(47), pp. 690-709.
- DI PIETRO A. (1967). *Institutas de Gaius. Texto traducido y notas*, La Plata: Librería Jurídica.
- DI PIETRO A. (1999). *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires: Depalma.
- D'ORS, A.; *Los cuatro logros del genio jurídico romano*, en La Ley, Tomo B- 1984, sección Doctrina, Buenos Aires 1984, ed. La Ley, pp. 594 a 599.
- FUENTESECA DEGENEFFE, M. (2004). *La formación romana del concepto de propiedad*. Madrid: Dykinson.
- FUENTESECA DEGENEFFE, M. (2021). *Proprietas, possessio y actio Publiciana. Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*. Tomo V, Derechos Reales. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- EKMEKDJIAN, M. (1999). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Depalma.
- GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889). *Cuerpo de Derecho Civil Romano*. Barcelona: Lex Nova.
- HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2016). *Código*

Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo V. Libro Cuarto. Artículos. 1882 a 2276. Buenos Aires: Infojus.

KIPER, C. (2007). *Código Civil Comentado. Derechos Reales, Tomos I y II*, Buenos Aires. Rubinzal- Culzoni.

LORENZETTI, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo IX (arts.1882 a 2161)*. En M. F. DE LORENZO y P. LORENZETTI (Coords.). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

MARIANI DE VIDAL, M. (1997). *Curso de Derechos Reales. Tomo I*, Buenos Aires: Zavalía.

MARTÍNEZ ALBUBILLA, M. (1885). *Códigos Antiguos de España. Tomo I*. Madrid: Administración Arco de Santa María.

ORTOLÁN, M. (1873). *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Tomo I*. Madrid: D. Locadio López.

PAPAÑO, R., KIPER, M., DILLO, G. y CAUSSE, J. (1995). *Derechos Reales. Tomo I*. Buenos Aires: Depalma.

RASCÓN GARCÍA, C. y GARCÍA GONZÁLEZ, J. M. (1993). *Ley de las XII Tablas. Estudio preliminar, traducción y observaciones*. Madrid: Tecnos.

RINALDI, N. (2001). El dominio *ex iure quiritum* ha muerto. *Revista del XV Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina*.

RUIZ CASTELLANOS, A. (1991). *Ley de las XII Tablas. Introducción, introducción crítica, traducción, notas e index verborum*. Madrid: Ediciones Clásicas.

- 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.
- SALAZAR REVUELTA, M. (2021). La cohesión familiar a través del *consortium inter fratres*. *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*. Tomo V, Derechos Reales. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- 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*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- SCIALOJA, V. (1928). *Teoria Della proprietà nel Diritto Romano. Volume I*, Roma: Sampaolesi.
- SÚAREZ BLAZQUEZ, G. (2016). Orígenes del Derecho de propiedad en Roma. *Passagens, Revista Internacional de Historia Política e Cultura Jurídica*, 8(1), pp. 142-192.
- TORRENT, A. (1995). *Manual de Derecho Privado Romano*. Zaragoza: Librería General.
- TOZZONI, C. (1995). *Los delitos de hurto y robo*. Buenos Aires: Depalma.
- VENTURA, G. (2016). El derecho de dominio en el Código Civil y Comercial de la Nación. (Análisis exegetico de los artículos 1941 a 1982 del CCCN). *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Córdoba: Universidad Católica de Córdoba,

<https://www.acaderc.org.ar/2016/10/03/el-derecho-de-dominio-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-analisis-exegetico-de-los-arts-1941-y-1982/>.

El usufructo viudal en Roma: formas de constitución y pérdida por segundas nupcias

Por Ana Vázquez Lemos⁹⁸⁴

Resumen

El usufructo viudal en Roma era un derecho que permitía a la esposa (*uxor*) disfrutar de los bienes de su marido fallecido. Su existencia dependía de que el matrimonio fuera lícito, y si el matrimonio era declarado ilícito, se podría exigir la devolución de lo recibido. El usufructo podía ser otorgado por el marido a través del testamento, bien por fideicomiso o como legado. El usufructo a favor de la esposa podía revestir diferentes modalidades: universal, parcial o específico.

En el derecho romano, el usufructo podía constituirse de varias formas. El *legatum per praeceptionem* otorgaba a la beneficiaria el usufructo de ciertos bienes, mientras que el *legatum sinendi modo* permitía disfrutar de bienes específicos con ciertas restricciones. Estas formas de constituir el usufructo ofrecían flexibilidad para asegurar que la usufructuaria recibiera lo estipulado.

⁹⁸⁴ Doctora en Derecho Romano por la Universidad de Vigo y abogada en BGI LAW Galicia S.L.P.

El Código justiniano regulaba el usufructo viudal de manera más precisa. En el caso de que la esposa contrajera segundas nupcias antes del *tempus lugendi* (período de luto), perdía sus derechos sobre los bienes recibidos en legado, incluso si no existía una disposición expresa al respecto. Si se casaba después del período, conservaba su derecho de usufructo, pero siempre y cuando no se hubiera establecido una cláusula en contrario en el testamento.

En cuanto a la pérdida de derechos, el usufructo viudal se extinguía con las segundas nupcias si el testador lo había estipulado expresamente, y si no era el caso, el usufructuario mantenía su derecho, a menos que contrajera matrimonio antes del *tempus lugendi*.

Palabras clave: usufructo viudal; segundas nupcias; legado

I. Presupuesto para la existencia del usufructo *uxorio*: el matrimonio lícito

El presupuesto para que el usufructo a favor de la *uxor* sea eficaz es la existencia de un matrimonio lícito. Así lo afirma Scaevola (D. 33. 2. 27, lib. 1, Resp.)⁹⁸⁵ al resolver en el caso de un prelegado del usufructo constituido por medio de fideicomiso del *maritus* a favor de la *uxor*. Si se declarase ilícito el matrimonio después de dos años, afirma el autor, se podría repetir (exigir la devolución) de lo que ella recibió por razón del usufructo.

⁹⁸⁵ D. 33. 2. 27: “*uxori maritus per fideicommissum usumfructum, et alia, et dotem praelegavit; heredes usumfructum ei concesserunt; post biennium illicitum matrimonium fuisse pronuntiatum est; quaesitum est, an id, quod praeterito tempore possedit, ab ea repeti possit. Respondit, id, quod fructus nomine percepisset, repeti posse*”.

También para el caso de la sucesión intestada rige este principio. Afirma Ulpiano (D. 38. 11. 1, lib. 47 ad Ed.)⁹⁸⁶ que “para que se pueda pedir la posesión de los bienes *unde vir et uxor* es menester que el matrimonio fuere legítimo, más si el matrimonio fuere ilegítimo, no se podrá pedir de ninguna manera la posesión de los bienes, así como no se puede adir la herencia en virtud de testamento; porque nada se puede adquirir por causa de matrimonio ilegítimo”.

Los textos permiten distinguir dos tipos de matrimonio, uno más antiguo *cum manu*⁹⁸⁷ y que podía llevarse a cabo de tres formas distintas constitutivas de una relación conyugal, *confarreatio*, *coemptio* y *usus*,⁹⁸⁸ y otro *sine manu* que apareció con posterioridad, más in-

⁹⁸⁶ D. 38. 11. 1: “*ut bonorum possessio peti possit Unde vir et Uxor, iustum esse matrimonium oportet; ceterum si iniustum fuerit matrimonium, nequaquam bonorum possessio peti poterit, quemadmodum nec ex testamento adiri hereditas, vel secundum tabulas peti bonorum possessio potest; nihil enim capi propter iniustum matrimonium potest.*”

⁹⁸⁷ FAYER, C. (2005). *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia Matrimonio Dote. Parte seconda, L'erma di Bretschneider* (pp. 196-199). Roma: L'Erma di Bretschneider.

⁹⁸⁸ Dice PEREIRA DE MAGÃLHAES, A. (1936). *Vocação hereditária do cônjuge sobrevivente* (p. 2). Coimbra: Universidade de Coimbra, que había tres causas de adquisición de la *manus*, la *confarreatio* o ceremonia religiosa y simbólica, la *coemptio* o compra ficticia y el *usus* una especie de usucapión. En este último caso la mujer podía sustraerse de la *manus* si la convivencia conyugal se interrumpía por una ausencia de tres noches cada año. Cuando se producía esto se verificaba el matrimonio libre. Más concretamente DOS SANTOS JUSTO, A. (2006). *Direito Privado Romano* (p. 31). Coimbra: Coimbra Editora, apunta que la *confarreatio* era una ceremonia religiosa celebrada en presencia del *pontifex maximus*, del *flamen Dialis* (sacerdote de Júpiter) y de diez ciudadanos romanos púberes nacidos de matrimonios celebrados de la misma forma, que servían de testigos, en el cual los novios comían un pan de harina de trigo (*panis farreus*) que simbolizaba la

formal y que habría sustituido al primero paulatinamente.⁹⁸⁹ En este caso la relación quedaba constituida sin necesidad de recurrir

futura vida en común. A continuación, se celebraba un banquete en la casa de la mujer, después del cual era acompañada en procesión, a la luz de antorchas, hasta la casa del marido, en cuyos brazos traspasaba el umbral de la puerta y ofrecía agua y fuego a los dioses. Allí se sacrificaba una oveja con cuya piel se cubría el lugar en el que los contrayentes se sentaban durante la ceremonia, y después de otros ritos, como dar tres vueltas a un altar caminando, llevar la esposa un velo rojo o anaranjado o que el marido arreglase el pelo de la mujer con el *caelibaris* hasta para demostrar que estaba sometida a su poder, la esposa pronunciaba las siguientes palabras “*ubi tu Gaius Ego Gaia*”. *Gaius* era obviamente un nombre simbólico. La *coemptio* era una venta simbólica (imaginaria *venditio*) celebrada por los contrayentes en forma de *mancipatio*, en presencia de los padres y de cinco testigos. La mujer traía tres sueldos (*tria as*): uno para el marido, otro para ofrecérselo a los dioses Lares y otro para depositar en el altar (*compitum vecinale*). Con el primero compraba el marido, con el segundo a los dioses Penates y con el tercero la entrada en la casa marital. El novio preguntaba a la novia: “¿Mujer, quieres ser la madre de mi familia?”. Y después de responder afirmativamente, la novia preguntaba: “¿Quieres ser el padre de mi familia?”. Por último, el *usus* previsto en la Ley de las XII Tablas permitía que el marido adquiriese la *manus* de la mujer que con el cohabitase continuamente durante un año. La mujer podía evitar esta adquisición ausentándose de la casa del marido durante tres noches (*trinoctium o trinoctis usurpatio*).

⁹⁸⁹ Destaca BONFANTE, P. (1987). *Istituzioni di diritto romano* (p. 155). Milán: Giuffrè, que la *manus* fue una de las primeras instituciones que sufrió el efecto de la revolución moral y civil que sucedió a las guerras púnicas. La *confarreatio*, poco utilizada ya en tiempos de Cicerón, fue abolida por el emperador Tiberio, que apenas la mantuvo entre los flamines. También la *coemptio* cayó en desuso, y antes de ser suprimida del todo, fue utilizada por la mujer para liberarse de la tutela agnaticia, y el *usus* desapareció ya en época clásica por el efecto de las leyes y también por el desuso.

a un acto jurídico solemne y era independiente de la *conventio in manum*.⁹⁹⁰

Por lo que respecta a la evolución histórica, con la decadencia del sistema agnaticio, desde la etapa tardo-republicana, las formas de la *conventio in manum* tendieron a desaparecer⁹⁹¹

Se tratase o no de un matrimonio *cum manu* o *sine manu*, la condición jurídica de la mujer casada aparece descrita en las fuentes

⁹⁹⁰ Apunta PEREIRA DE MAGÃLHAES, *op. cit.*, p. 4, como fecha probable de auge del matrimonio *sine manu* finales de la República, y como causa principal, el desarrollo de la fortuna de las mujeres y la ganancia de los maridos, que los llevaron a sustituir la *manus* por el intercambio de grandes dotes.

⁹⁹¹ Señala FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2006). Libertad de testar y sistema de legítimas. *AFDUDC*, (10), p. 291, que la concentración de poder en el *pater familias* se rompió definitivamente con la desaparición de la *manus*, lo que originó un nuevo modelo de relaciones patrimoniales entre los esposos. Se pasó de la unión patrimonial a la diferenciación de los bienes de cada cónyuge. El hombre y la mujer se convirtieron, a su manera y por separado, en los causantes de una herencia quedando fuera de la sucesión prevista en el *ius civile*, al no darse entre ellos un parentesco de carácter agnaticio. La relación del matrimonio se definió como una relación de afinidad (*affinitas*) y la relación de parentesco entre madre e hijos (cognación) no dio lugar a consecuencias en el orden sucesorio. Probablemente en la desaparición de la *manus* tuvo mucho que ver la emancipación de la mujer que se produjo en la etapa tardo-republicana en la que la presencia femenina en el ámbito económico se hizo cada vez más frecuente, sobre todo en sectores relacionados con el comercio. Tradicionalmente a la mujer se le encargaba la educación de los hijos y el cuidado del hogar, posteriormente este tipo de actividades fueron encomendadas a los libertos. La natalidad cayó en picada entre las clases más acomodadas, el divorcio se hizo cada vez más frecuente y las parejas optaron más por otras relaciones de convivencia estables que por uniones matrimoniales conformes a la legalidad vigente en aquella época (*iustum matrimonium*).

como *loco filiae*, esto es, situada en el lugar de una hija (Gayo 1.114; 1. 115 b; 1. 118, 1. 136, 2. 159 y 3. 14).⁹⁹²

Veamos qué posición jurídica tenía entonces la hija. En primer lugar, según Gayo 2. 156, es una más entre los *heredes sui et necessarii*: estos son el hijo y la hija, el nieto y la nieta por parte del hijo, y todos los demás en cuanto estaban bajo la potestad del difunto (*sui autem et necessarii heredes sunt uelut filius filiae, nepot neptisue ex filio et deinceps ceteri qui in potestate morientis fuerunt*).

Y a continuación, afirma Gayo 2. 157⁹⁹³ que se llaman *heredes sui* porque son herederos domésticos, en vida del padre se consideran ya en cierto modo dueños (*vivo quoque parente quodammodo domini existimantur*), de forma que, si uno moría intestado, ocupan el primer lugar en el orden sucesorio. Añade Gayo en este mismo pasaje que se llaman herederos necesarios porque, en todo caso, quieran o no quieran, tanto *ab intestato* como por testamento, se hacen herederos.

⁹⁹² En cambio, sí era relevante la existencia o no de *conventio in manu* cuando se trataba de la sucesión de la mujer casada. Como señalan DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. (2006). *Instituciones de Derecho Privado Romano* (p. 737). Valencia: Tirant Lo Blanch, la herencia de la madre muerta sin testamento no correspondía, según la Ley de las XII Tablas a los hijos, porque las mujeres no tenían herederos propios. No obstante, posteriormente por una *oratio* de los emperadores Antonino y Cómodo en el Senado, se estableció que las herencias de las madres *non conventae in manum* correspondiesen a sus hijos, excluyendo a los consanguíneos y a los demás agnados.

⁹⁹³ Gayo 2. 157: “*sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et uiuo quoque parente quodammodo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii uero ideo dicuntur, quia omni modo siue uelint siue nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt*”. Ver también D. 28. 2. 11.

Pero a efectos de la esposa (*uxor*) nos interesa Gayo 2. 159,⁹⁹⁴ donde, tras mencionar en los pasajes precedentes a la hija entre los *heredes sui et necesarii*, afirma que el mismo derecho (*idem iuris est*) tienen tanto la esposa que está bajo el poder marital, porque está en el lugar de la hija (*loco filiae*), como la nuera, que está en el poder marital del hijo, porque está en lugar de la nieta (*quia neptis loco est*).⁹⁹⁵

La esposa será, conforme a estos pasajes, heredera por derecho propio, equiparada a los hijos que están bajo la *potestas* del padre, y esto lo reitera claramente Gayo de nuevo en 2. 138⁹⁹⁶ si después de haber hecho testamento, adquiere (el *pater familias*) la *manus* sobre la mujer, o toma como mujer a quien ya tenía bajo la *manus*, de ese modo empieza a ocupar el lugar de hija, como si fuese un *heres suus* (la expresión es muy significativa: *quasi sua*).

Por tanto, eran *heredes sui* los hijos o hijas que estaban *in potestate* en el momento de la muerte del padre, y a éstos estaba equiparada la *uxor* que se colocaba *loco filia*, convertida en heredera *quasi sua*, como afirma Gayo. No obstante, aquí conviene hacer una precisión y es que si el marido era *pater familias*,⁹⁹⁷ la mujer recibía el título

⁹⁹⁴ Gayo 2. 159: “*idem iuris est et uxoris persona quae in manu est, quia filiae loco est, et in nuru quae in manu filii est, quia neptis loco est*”.

⁹⁹⁵ GARCÍA GARRIDO, M. (1958). *Ius Vxorivm: El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano* (p. 141 y ss.). Roma-Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

⁹⁹⁶ Gayo 2. 138: “*idem iuris est, si cui post factum testamentum uxor in manum conueniat, uel quae in manu fuit, nubat; nam eo modo filiae loco esse incipit et quasi sua*”.

⁹⁹⁷ DOS SANTOS JUSTO, *op. cit.* p. 33, el *pater familias* adquiriría sobre la mujer los siguientes derechos: el *ius vitae et necis*, que era el derecho a la vida o a la muerte y que probablemente solo podía ejercerse después de escuchar al tribunal doméstico (*iudicium domesticum*) constituido por parientes cognados de la mujer hasta el sexto grado; el *ius vendendi*, que era el derecho de vender a la mujer,

honorífico de *mater familias* a pesar de ocupar la posición jurídica antes descrita de *loco filiae*. En cambio, si el marido era *filius familias*, quedaba en la posición de nieta, *loco neptis*. En cualquiera de los dos casos rompía con su familia de origen.

No se puede objetar, por tanto, que el antiguo sistema de la familia agnaticia⁹⁹⁸ fundamentado en el *ius civile* no atribuyese derechos sucesorios a la esposa. En la sucesión intestada la esposa adquiriría derechos sucesorios como si fuese una hija.⁹⁹⁹

Como claramente afirma Gayo 3. 14,¹⁰⁰⁰ la mujer que entra bajo la *manus* del padre adquiere los derechos de la hija y se coloca en el lugar de la hermana de sus hijos a efectos sucesorios.¹⁰⁰¹ Y no habiendo descendientes o ascendientes existía en la sucesión intestada el llamamiento *unde vir et uxor* (ver Ulpiano, D. 38. 11. 1).

solo era posible como venta ficticia y no efectiva; y el *ius noxae dandi*, que era el derecho del titular de la *manus* de liberarse de la obligación de indemnizar los perjuicios causados por la mujer, entregándosela al lesionado.

⁹⁹⁸ Sobre el grupo familiar, ver CALZADA, A. (1995). *La aceptación de la herencia en el Derecho Romano*. Aditio nuda voluntate (p. 19 y ss.). Zaragoza: Mira Editores.

⁹⁹⁹ LÓPEZ-RENDO, C. (2000). La sucesión intestada en la Ley de las XII Tablas. *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito M^a. Reimundo Yanes* (p. 535). Vol. 1. Burgos: Universidad de Burgos.

¹⁰⁰⁰ Gayo 3. 14: “*sororis autem nobis loco est etiam mater aut nouerca quae per in manum conuentionem apud patrem nostrum iura filiae necta est*” (“en cambio, la madre y la madrastra que por haber entrado bajo manus han adquirido los derechos de hija con respecto a nuestro padre, están también en el lugar de la hermana con respecto de nosotros”).

¹⁰⁰¹ RODRÍGUEZ MONTERO., R. P. (2012). Hilvanando “atributos” femeninos en la antigua Roma. En P. RESINA SOLA (Coord.). *Fvndamenta Ivris. Terminología, principios e interpretatio* (pp. 205 y ss.). Almería: Universidad de Almería; PEPPE, L (1984). *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana* (pp. 101 y ss.). Milán: Giuffrè.

Esto tiene mucha más importancia de la que parece. La mujer quedaba comprendida en la primera clase de herederos legítimos o *ab intestato*, siempre *loco filiae* y como *heres sua*. Concurría por lo tanto a la sucesión en igualdad de condiciones con los hijos, de quienes era considerada hermana a efectos sucesorios. Si no había hijos comunes o de un matrimonio anterior del marido, solo ella era llamada a la sucesión. Pero nos interesa en mayor medida la situación jurídica de la esposa como heredera en el testamento del *pater familias*, como vamos a ver a continuación.

II. El legado de usufructo a favor de la *uxor*

II. 1. Modalidades de legado de usufructo a favor de la esposa

Nos encontramos en el Digesto con una gran variedad de modalidades de legado del usufructo del marido en favor de la *uxor*. Por un lado, aparece reiteradamente el caso del legado de usufructo de inmuebles a favor de la *uxor*.

Papiniano (D. 33.2.25, lib. 8, Resp)¹⁰⁰² describe un caso en que el testador legó el usufructo de unos predios a la *uxor*; pero, por defecto de impericia (*imperitia lapsus*), lo que quería era que, tras su muerte, volviesen los predios con sus rentas a sus herederos. Papiniano explica que el dueño de los predios no debía entregar ningún fideicomiso ni de la propiedad ni del usufructo, porque el legado

¹⁰⁰² D. 33. 2. 25: “*qui fructus praediorum uxori reliquit, post mortem eius praedia cum redditibus ad heredes suos redire voluit, imperitia lapsus; nullum fideicommissum dominus, neque proprietatis, neque fructus, ad eos reverti dedit; etenim redditus future, non praeterii temporis demonstrati videbantur*”.

comprendía las rentas futuras y no las pasadas. El jurista aquí defiende la idea de que no cabía el legado de rentas futuras de un predio cuando el testador ya no era dueño de dicho predio.

En otro pasaje, Labeón (en D. 33. 2. 31, lib. 2 post. a Iavol. Epit.)¹⁰⁰³ responde al caso concreto que se le plantea, en el que a la *uxor* se le había legado el usufructo de un fundo que pertenecía en copropiedad al testador y a otra persona. Trebacio había respondido que, una vez fallecido el testador y pedido el *arbitrium communi dividundo*, le pertenecía a la mujer el usufructo de solo la parte que le hubiese correspondido al heredero. En contra de Trebacio, opina Labeón, en cambio, que puesto que el usufructo se había constituido *pro indiviso* sobre la totalidad del fundo, no podría el árbitro cambiar el derecho de terceros. Y recuerda Labeón que esta posición fue la que se admitió.

Cabía, por tanto, legar a favor de la *uxor* el usufructo de un inmueble. Pero era distinto el caso de las mercancías, incluso si estaban contenidas en el inmueble sobre el que recaía el derecho de usufructo. La diferencia se aprecia en dos pasajes del Digesto del jurista Scaevola. En el caso de que se constituyese a favor de la *uxor* el legado de usufructo de unas casas y de todo lo que en esas casas había (*domum et omnium rerum, quae in his domibus erant*), excepto de la plata, y además el usufructo de los fundos y de las

¹⁰⁰³ D. 33. 2. 31: “is, qui fundum tecum commune habebat, usufructum fundi uxori legaverat, post eius tecum heres arbitrum communi dividundo petierat; Blaesus ait, Trebatium respondisse, si arbiter certis regionibus fundum divisisset, eius partis, quae tibi obtigerit, usufructum mulieri nulla ex parte deberi, sed eius, quod heredi obtigisset, totius usufructum eam habituram. Ego hoc falsum puto, nam quum ante arbitrium communi dividundo coniunctus pro indiviso ex parte dimidia totius fundi usufructus mulieris fuisset, non potuisse arbitrum inter alios iudicando alterius ius mutare; quod et receptum est”.

salinas, responde Scaevola (D. 33. 2. 32. 2 lib. 15, Dig)¹⁰⁰⁴ que se considerarán excluidas del usufructo, además de la plata, las cosas compradas para mercancía.

Quedaba excluido, responde el jurista, el usufructo de la lana de cualquier color preparada para mercancía y también de la púrpura que había en la casa.

La misma exclusión de las mercancías la encontramos de nuevo en el siguiente pasaje de Scaevola (D. 33. 2. 32. 3 lib. 15, Dig),¹⁰⁰⁵ donde se le preguntaba si el legado de usufructo a favor de la *uxor* de las salinas comprendía la sal ya preparada para vender. Igual que en el caso anterior, responde el jurista que no se comprendía en el usufructo de las salinas lo que en ellas hubiera para vender. Se entiende, por tanto, que el usufructo abarcaba la rentabilidad o explotación de las salinas, pero no las mercancías o cosas ya preparadas para la venta.

Era posible también el legado de usufructo a favor de la *uxor* en forma de renta o pensión anual. Scaevola (D. 33. 2. 32. 4 lib. 15, Dig)¹⁰⁰⁶ describe el caso del legado de usufructo a favor de la *uxor*

¹⁰⁰⁴ D. 33. 2. 32. 2: “*uxori usumfructum domuun et omnium rerum, quae in his dominibus erant except argento legaverat, item usumfructum fundorum et salinarum; quaesitum est, an lanae cuiusque coloris mercis causa paratae, item purpurae, quae in dominibus erant ususfructus ei deberetur. Respondit, excepto argento, et his, quae mercis causa comparata sunt, ceterorum omnium usumfructum legatariam habere*”.

¹⁰⁰⁵ D. 33. 2. 32. 3: “*idem quaesiit, quum in salinis, quarum ususfructus legatus esset, salis inventus sit non minimus modus, an ad uxorem ex causa fideicomissi ususfructus pertineat. Respondit, de his legandis, quae venalia ibi essent, non sensisse testatorem*”.

¹⁰⁰⁶ D. 33. 2. 32. 4: “*idem quaesiit, quum eodem testamento ita caverit: a te peto, uxor, uti ex usufructu, quem tibi praestari volo in annum quintumdecimum, contenta sis annuis quadringentis; quod amplius fuerit, rationibus heredis heredumve meorum*

durante quince años, que se concretaría en una pensión anual de cuatrocientos. El jurista describe el tenor literal de las palabras: “te pido, mujer, que por razón del usufructo, que quiero que se te dé durante quince años, te contentes con una pensión anual de cuatrocientos; lo que además hubiere, aplíquese a las cuentas del heredero o de mis herederos”. Concluye Scaevola que no tendría la *uxor* más que la pensión anual de cuatrocientos. Y se admitía el pago del legado de usufructo de un fundo, constituido a favor de la *uxor*, en forma de renta anual calculada como si de un arriendo se tratase.

Expone Scaevola (D. 33. 2. 38, lib. 3, Resp)¹⁰⁰⁷ el caso concreto del testador que había dispuesto en favor de la *uxor*; que, mientras viviese, obtuviese la renta del fundo Ebuciano. Según Scaevola, podría el tutor del heredero vender el fundo y ofrecerle a la legataria la cantidad anual que en vida acostumbraba a recibir el *pater familias* por el arrendamiento del fundo.

Y ese legado de usufructo a favor de la *uxor*, además, podía ser limitado en el tiempo. El mismo jurista (D. 33. 2. 35, lib. 22, Dig)¹⁰⁰⁸

inferatur, an recessum videatur a superiore capite, ideoque uxor non amplius habeat ex usufructu, quam annuos quadrigentos. Respondit, satis id, quod quaererentur, aperte verba, quae proponerentur, declarare.”

¹⁰⁰⁷ D. 33. 2. 38: “quaero, an possit tutor heredis fundum vendere, et legatario offerre quantitatem annuam, quam vivo patrefamilias ex locatione fundi redigere consueverat. Respondit, posse. Item quaero, an habitare impune prohiberi possit. Respondit, non esse obstrictum heredem ad habitationem praestandam. Item quaero, an compellendus sit heres reficere praedium. Respondit, si heredis facto minors redditus facti essent, legatarium recte desiderare, quod ob eam rem deminutum sit. Item quaero: quo distat hoc legatum ab usufructu? Respondit, ex his, quae supra responsa essent inteligi differentiam.”

¹⁰⁰⁸ D. 33. 2. 35: “uxori usumfructum villae legavit in quinquennium a die mortis suae, deinde haec verba ediecit, quaestitum est, quum uxor intra quinquennium decesserit, an libertis proprietatis petitio iam, an vero impleto quinquennio

también menciona el caso del legado de usufructo a favor de la *uxor* de una granja por cinco años contados desde el día de la muerte del testador. Éste habría dispuesto que transcurrido el quinquenio el fundo fuese dado a uno de sus libertos. La *uxor* falleció antes del transcurso del quinquenio, pero, afirma Scaevola, el fundo no pertenece a los libertos hasta que pase el mencionado plazo.

Distinto es el caso en el que el objeto del legado son las cosas muebles, también resuelto por el mismo jurista (D. 33. 2. 39, lib. 6, Resp).¹⁰⁰⁹ Según Scaevola, si se legó a la *uxor* el vestido, sus objetos de tocador, lana, lino y otras cosas, no habría usufructo, sino que se considera legada la propiedad. Tratándose, por tanto, de cosas muebles (respecto a las cuales, según Gayo 2. 19 y 2. 20, la *traditio* implica el traspaso de la propiedad), se convertía la *uxor* en plena propietaria, no en usufructuaria.

Era más propio de una economía basada en la agricultura el legado de usufructo a favor de la *uxor* de las rentas de un inmueble, pero de forma general cabía, asimismo, constituir dicho legado en forma de rentas anuales obtenidas del patrimonio del marido, como se deduce de un pasaje de Ulpiano (D. 33. 2. 22 lib. 15 *ad legem Iuliam et Papiam*).¹⁰¹⁰ Se formularía de la siguiente manera: “quiero que a mi esposa se le dé la renta de mi patrimonio” (“*patrimonii mei redditum omnibus annis uxori meae dari volo*”). Ulpiano opina que Aristón tenía razón al afirmar que este caso era semejante

competat, quia peracto quinquennio testator proprietatem legaverat. Respondit, post completum quinquennium fundum ad libertos pertinere”

¹⁰⁰⁹ D. 33. 2. 39: “*filios heredes instituit, uxori vestem, mundum muliebrem, lanam, linum, et alias res legavit, et adiecit: quaesitum est, utrum ususfructus, an proprietates earum rerum data sit. Respondit, proprietatem legatam videri*”

¹⁰¹⁰ D. 33. 2. 22: “*Aristo respondit, ad heredem uxoris non transpire, quia aut usufructui simile esset, aut huic legato: in annos singulos.*

al usufructo o al legado para cada año (*in annos singulos*)¹⁰¹¹ y que, por tanto, no pasaba al heredero de la esposa.

La descripción tan casuística que aparece en el Digesto nos permite afirmar que la constitución del usufructo a favor de la *uxor* podía realizarse de todas las formas posibles¹⁰¹². La libertad del testador no podía ser más amplia. Podía recaer sobre todo tipo de bienes, inmuebles (fundos, predios, casas, salinas) o muebles, sobre dinero, sobre las rentas anuales del patrimonio del testador, incluso se podía conmutar por una renta equivalente a la que recibía el testador en concepto de arrendamiento, siempre que fuesen fructíferas, esto es, que permitiesen la obtención de rentas. Además, podía constituirse por toda la vida de la legataria, o bien limitarlo a los años que el testador considerase conveniente¹⁰¹³.

¹⁰¹¹ Aquí el usufructo se constituía para cada año (también en D. 33. 2. 23, *in annos singulos*, y en D. 33. 2. 11 aparece el *legatum de habitatio* para cada año). Cabía constituir el legado de usufructo de forma temporal, como se deduce de varios pasajes en las fuentes: en D. 33. 2. 6 aparece el usufructo constituido por dos años continuos desde la muerte del testador (*in biennium continuum a morte testatoris*), en D. 33. 2. 13 el usufructo para años alternos (*alternis annis*).

¹⁰¹² En cuanto a la extinción del usufructo el C. 3, 33, 3 dice “*si patri tuo usufructus legatus est, defuncto eo nihil ad te pertinet, quum morte eius, cui fuerat legatus usufructus vel alio modo acquisitus, ad proprietatem regredi solet. Usufructuario autem superstite, licet dominus proprietatis rebus humanis eximatur, ius utendi fruendi non tollitur*” (“si a tu padre se le legó el usufructo, muerto él, nada te corresponde, pues es costumbre que el usufructo revierta a la propiedad a la muerte de aquel para quien se había legado o de otro modo adquirido el usufructo. Mas sobreviviendo el usufructuario, aun cuando fallezca el dueño de la propiedad, no se extingue el derecho de usar y disfrutar”).

¹⁰¹³ En el C. 3, 33, 16 se recogieron una serie de causas de extinción del usufructo entre las que se encontraba el no uso, también se recogieron las causas de extinción de la acción personal, así, “*corruptionem usufructus multiplicem esse veteribus*

II. 2. El usufructo universal a favor de la uxor

Esta modalidad de legado de usufructo a favor de la *uxor* la describe Papiniano como legado de los frutos de los bienes (*fructu bonorum*), que, según este jurista (D. 33. 2. 24, lib. 7, Resp.)¹⁰¹⁴ comprendía también el interés generado por los capitales que invirtió el difunto, siempre que se hubiese prestado la caución conforme al senadoconsulto (la caución que se exigía en el caso del usufructo de dinero).

placuit, vel morte usufructuarii, vel capitis deminutione, vel non utendo, vel aliis quibusdam non ignoratis modis. Sed de usufructu quidem hoc indubitatum fuerat; de personali autem actione, quae super usufructu nascitur, sive in stiupulationem ususfructus deductus sive ex testamento relictus est dubitabatur; morte quidem usufructuarii et capitis deminutione eam tolli, omnibus concedentibus, non utendo autem, si per annum vel biennium forsitan eundem usumfructum non petierit usufructuaris, si personalis actio tollatur, altercantibus” (“plugo a los antiguos, que hubiera muchas causas para la extinción del usufructo, o por la muerte del usufructuario, o por la disminución de cabeza, o por el no uso, o de algunas otras maneras no ignoradas. Mas esto había sido indudable en cuanto al usufructo; pero se dudaba respecto de la acción personal, que nace del usufructo, ya si el usufructo fue comprendido en una estipulación, ya si fue dejado por testamento; conviniendo todos en que ella se extinguía ciertamente por la muerte del usufructuario y por la disminución de cabeza, pero disputando si por el no uso se perdía la acción personal, cuando el usufructuario no hubiere pedido dicho usufructo durante un año o tal vez durante un bienio”)

¹⁰¹⁴ D. 33. 2. 24: “*uxori fructu bonorum foenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex Senatusconsulto cautionem praestabitur. Igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas, velut sortes, in cautionem deduci necesse est. Non idem servabitur nominibus ab herede factis; tunc enim sortes duntaxat legatario dabuntur, aut quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur*”.

Que en derecho romano clásico se admitió el usufructo universal a favor de la *uxor* nos lo recuerda expresamente Scaevola (D. 33. 2. 37, lib. 23, Dig)¹⁰¹⁵ cuando afirma que, habiéndose legado a la *uxor* el usufructo “de todos mis bienes (*bonorum meorum*) hasta que mi hija cumpla dieciocho años” y habiendo sido preguntado el jurista si le pertenecía a la *uxor* el usufructo de los predios, tanto rústicos como urbanos, y el de los esclavos y del ajuar y también el del libro de cuentas, respondió Scaevola que sí.

Pero a este tipo de usufructo se refiere también, sin aludir a la esposa, Ulpiano (D. 7. 1. 29, lib. 17 ad Sab.).¹⁰¹⁶ Basándose en las opiniones anteriores y coincidentes de Celso y de Juliano, afirma Ulpiano que el usufructo *omnium bonorum* se puede legar, siempre que no exceda del valor de las tres cuartas partes de la herencia.

Por tanto, como afirma Ulpiano, es más verdadero (*est verius*) que el usufructo universal no podía gravar la totalidad de la herencia, sino solo las tres cuartas partes de ésta. De esta forma se trataba de proteger la cuarta parte de la herencia que, según la Ley Falcidia, obligatoriamente tenía que ser reservada a favor del heredero instituido en el testamento con la finalidad de garantizar la aceptación de éste. Así lo afirma Gayo 2. 224,¹⁰¹⁷ que nos informa que la *Lex Falcidia* se promulgó para favorecer la aceptación del *heres scriptus*, que, como hemos visto, podía ser el *heres suus* o el *extraneus*.

Lo mismo afirma Papiniano (D. 7. 1. 5, lib. 7, *Quaest.*): el

¹⁰¹⁵ D. 33. 2. 37: “*quaesitum est, an praediorum tam rusticorum, quam urbanorum, et mancipiorum, et supellectilis, itemque kalendarii ususfructus ad uxorem pertineat. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, omnium pertinere*”.

¹⁰¹⁶ D. 7. 1. 29: “*omnium bonorum usumfructum posse legari, nisi excedat dodrantis aestimationem, Celsus libro trigesimo secundo Digestorum et Iulianus libro sexagesimo primo scribit; et est verius*”.

¹⁰¹⁷ Ver Gayo 2. 224.

usufructo puede disminuirse por la Ley Falcidia (*ususfructus per legem Falcidiam minui potest*).

No cabe duda de que lo mismo sucedería cuando la usufructuaria fuese la *uxor*, puesto que no era más que una modalidad de legado de usufructo, no pudiendo éste tampoco exceder de las tres cuartas partes del valor de la herencia con la finalidad de asegurar la aceptación por parte del *heres scriptus*.¹⁰¹⁸ Esta limitación del usufructo que se constituía por medio de legado no era una limitación a la libertad de instituir heredero que tenía el paterfamilias, sino que era una consecuencia derivada de la propia Ley Falcidia. Si se reservaba una cuarta parte para garantizar la aceptación del heredero instituido, y, por tanto, garantizar la aceptación de éste y la validez del testamento, esta cuarta parte tendría que ser íntegra, no sometida a gravamen.

En definitiva, los derechos sucesorios del cónyuge viudo se establecían libremente por el testador en el testamento. Más adelante se impuso, también por ley, pero solo en ciertos casos de las viudas pobres e indotadas, el usufructo a favor de éstas sobre la cuarta parte de la herencia, tal y como veremos más adelante. Se trata del único caso en que la viuda aparece como legitimaria, entendida como heredera forzosa. Este caso se encuentra en las Novelas de los emperadores León y Justiniano y reaparece en España en las Partidas de Alfonso X el Sabio.

¹⁰¹⁸ Como hemos visto en capítulos precedentes, FERNÁNDEZ BARREIRO, *op. cit.* p. 287, la jurisprudencia romana adoptó con la Lex Falcidia una postura muy rigurosa acorde con el principio *favor testamenti*. Se establece de este modo, que eran nulos *ipso iure* los legados que excediesen de la reserva patrimonial del heredero. El derecho pretorio refrendó la validez de esta disposición legal con la consecuente represión de los negocios jurídicos realizados en fraude de ley. A comienzos del Principado de Augusto, se otorgó a la Lex Falcidia el estatus de *ius publicum*, pero la evolución del derecho hereditario comenzó a discurrir por otros derroteros.

II. 3. Formas de constitución del usufructo en derecho romano

La opinión comúnmente aceptada es que probablemente el usufructo apareció en torno a los siglos III o II a.C. Es probable que coincidiese con la aparición del procedimiento formulario en el que, además de la acción reivindicatoria a favor del propietario se admitió la reivindicación del derecho de usufructo por quien tenía derecho a ello (*vindicatio ususfructus*).

Es probable que el origen del usufructo esté en las disposiciones de última voluntad, siendo el legado a favor de la *uxor* la forma más antigua de constitución del usufructo.

Las formas de constitución del usufructo las describe Gayo (D. 7.1.3, lib. 2, Rer. quotid.¹⁰¹⁹ I. 2. 4. 1). Se constituye el usufructo de la universalidad de los predios, *omnium praediorum*) por derecho de legado (*iure legati*), mandando al heredero que dé algo en usufructo (*dare alicui usumfructum*). La obligación del heredero consiste, por tanto, en un *dare*, respecto al cual Gayo aclara que se entiende que el heredero da si lleva al legatario al fundo o si consiente que éste use y disfrute (*eumve patiat uti frui*). También se puede constituir sin testamento mediante pactos y estipulaciones (*pactionibus et stipulationibus*). Veamos, pues, las formas mediante las cuales se podía legar el derecho de usufructo.

¹⁰¹⁹ D. 7. 1. 3: “*omnium praediorum iure legati potest constitui ususfructus, ut heres iubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiat uti frui. Et sine testament autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest. Consistit autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis ceterisque rebus. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates Semper abscondente usufructu, placuit certis modis extinguere usumfructum, et (ad) proprietatem reverti. Quibus autem modis ususfructus et consistit et finitur, iisdem modis etiam nudus usus solet et constitui, et finiri*”

II. 4. El *legatum per praeceptionem*

La forma más antigua de constituir el legado por parte del *pater familias* fue el *legatum per praeceptionem*, en virtud del cual establecía el reparto en legados a favor de los *heredes sui*. Se trata de un legado que se establecía, según Gayo 2. 216,¹⁰²⁰ de la siguiente manera: “que Lucio tenga preferencia para coger mi esclavo Stico” (*LVCIVS TITIVS HOMINEM STICHVM PRAECIPITO*).

Por tanto, podría establecerse por el *pater familias* que cualquiera de los *heredes sui* cogiese (o adquiriese) con preferencia los frutos de un fundo, o de un bosque, o de una explotación agrícola o minera (o también el uso de la casa familiar, etc.). Y equiparada a los *heredes sui* estaría la esposa, como ya hemos visto.

En la antigua *mancipatio familiae* el *pater familias* podía hacer mediante legados *per praeceptionem* la distribución del patrimonio familiar entre los *heredes sui* (a los que quedaban equiparadas la *uxor* y la nuera), que, según Fuenteseca,¹⁰²¹ consistía en la distribución de los bienes concretos que formaban la familia o patrimonio familiar. Podría, en consecuencia, nombrar un heredero en el testamento y distribuir en legados cada uno de los bienes (los fundos, los rebaños, el ganado, las salinas, los esclavos, etc.) entre los restantes *heredes sui*, que eran los que, ya en vida del *pater familias*, se consideraban dueños del patrimonio familiar (Gayo 2. 157).¹⁰²²

¹⁰²⁰ Gayo 2. 216: “*per praeceptionem hoc modo legamus: LVCIVS TITIVS HOMINEM STICHVM PRAECIPITO*”.

¹⁰²¹ FUENTESECA, M. (2016). La *mancipatio familiae* o el *negotium testamenti ordinandi gratia*. SCDR XXIX, p. 132.

¹⁰²² Gayo 2. 157: “*sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et uino quoque parente quodammodo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii uero ideo dicuntur, quia omni modo siue uelint siue nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt*”.

Es posible, en consecuencia, que en ese reparto el *pater familias* estableciese que alguno de los *heredes sui* (incluidas la esposa *loca filiae* y la nuera *neptis loco* o cualquier persona bajo la potestas del difunto, Gayo 2. 156) adquiriese con preferencia los frutos (*per praeceptionem*) de alguno o de todos los bienes que formaban la explotación agrícola familiar. Incluso podría establecer esta preferencia a favor de un *extraneus*, puesto que el heredero o herederos instituidos continuarían de esta forma siendo los propietarios (*nudos*) de dichos bienes. Se trataba, en definitiva, de beneficiar a alguna persona con las rentas de alguno o de todos sus bienes.¹⁰²³ Pero, además, si se constituía el *legatum per praeceptionem* de los frutos a favor de la esposa, se aseguraba el *pater familias* que el patrimonio familiar se mantenía en propiedad de sus propios descendientes.

El usufructo así constituido a favor de la *uxor* se extinguiría por la muerte de la viuda, que era equiparable al no uso, pero también en cuanto entrase bajo la *manus* de otro *pater familias*, como afirma Gayo 3. 83: “Y en efecto, cuando un *pater familias* se da en adopción o la mujer entra bajo la *manus*, todos sus bienes, corporales e incorporales, y las cosas que les son debidas, son adquiridas por el padre adoptivo o por el que realiza la *coemptio*, exceptuadas las que se extinguen por la *capitis deminutio*, como son el usufructo”.¹⁰²⁴

¹⁰²³ DAZA MARTÍNEZ y RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, p. 260. Esta institución debió de aparecer espontáneamente y configurarse de la misma realidad de la vida social, dirigida por la *interpretatio* de los juristas que encauzó las necesidades a las que el usufructo respondía. El propósito que tenía la institución podría haberse alcanzado a través de la propiedad temporal, pero para los romanos, tal temporalidad repugnaba a la concepción del dominio, de modo que tuvo que crearse una institución distinta relativa a la atribución del goce de una cosa, esto es, del *uti-frui*.

¹⁰²⁴ Gayo 3. 83: “*etenim cum pater familias se in adoptionem dedit mulierue in manum conuenit, omnes eius res incorporales et corporales quaeque ei debitaee sunt, patri adoptiuo coemptionatoriuue adquiruntur, exceptis his quae per capitis*

II. 5. El *legatum sinendi modo*

El marido podía legar a la *uxor*, además de *per praeceptionem*, como en la más antigua *mancipatio familiae*, también mediante el *legatum sinendi modo*.

Este tipo de legado se establecía, según Gayo 2. 209,¹⁰²⁵ de la siguiente forma: “que mi heredero quede obligado a permitir que Lucio Ticio tome el esclavo Stico y se quede con él (*HERES MEVS DAMNAS ESTO SINERE LUCIVM TITIVM HOMINEM STICHVUM SVMERE SIBIQUE HABERE*)”.

Además, Gayo 2. 213¹⁰²⁶ recuerda que en este tipo de legado solo nace una acción personal (*actio in personam*), mediante la cual se le exige al heredero todo lo que deba dar o hacer conforme al testamento (*quidquid heredem ex testamento dare facere oportet*).

El beneficiario del *legatum sinendi modo* podía, por tanto, exigir con una acción personal al *heres ex testamento* (que, como afirma Fuenteseca,¹⁰²⁷ era el *heres suus o el extraneus*) un *dare* o un *facere*. Y esto coincide con otros pasajes de las fuentes citados al inicio de este epígrafe (Gayo en D. 7.1.3, I. 2.4.1), conforme a los cuales se constituye el usufructo por derecho de legado (*iure legati*), mandando al heredero que dé algo en usufructo (*dare alicui usumfructum*),

deminutionem pereunt, quales sunt usufructus, operarum obligatio libertorum quae per iusiurandum contracta est, et lites contestatae legitimo iudicio”.

¹⁰²⁵ Gayo 2. 209: “*sinendi modo ita legamus: HERES MEVS DAMNAS ESTO SINERE LUCIVM TITIVM HOMINEM STICHVUM SVMERE SIBIQUE HABERE*”.

¹⁰²⁶ Gayo 2. 213: “*sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis eo usque, donec is tradendo uel mancipando uel in iure cedendo legatarii eam fecerit, ita et in sinendi modo legato iuris est; et ideo huius quoque legati nomine in personam action est. QUIDQVID HEREDEM EX TESTAMENTO DARE FACERE OPORTET*”.

¹⁰²⁷ FUENTESECA, *op. cit.*, p. 128.

y este *dare* se realizaba tanto si llevaba al legatario al fundo, como si consentía que éste usase y disfrutase del bien en cuestión (*eumve patiatur uti frui*).

La transformación de la familia, entendida como unidad patrimonial dedicada a la explotación agrícola, en una unión de personas entre las que prevalecían los vínculos de cognación frente a los de agnación produjo una transformación de todas las instituciones de derecho sucesorio. La *mancipatio familiae* se transformó en el *testamentum per aes et libram*, en el que, igual que antes, era imprescindible la institución de heredero.

En consecuencia, desde los primeros siglos de la época republicana romana, la concesión por parte del propietario del usufructo adquirió autonomía como derecho real de usufructo, siendo posible su constitución también por medio de pactos y estipulaciones (D. 7. 1. 3 e I. 2. 4. 1), pero también *mortis causa* con diferentes modalidades, como se deduce de I. 2. 4. 1: cabía el legado de usufructo, en cuyo caso el heredero tendría la nuda propiedad y el legatario el usufructo, pero también se podía legar un fundo, deducido el usufructo, en cuyo caso el legatario era el nudo propietario y el usufructuario lo sería el heredero; incluso cabría también legar el fundo a uno, deducido el usufructo.

La transformación de la economía romana en una economía pecuniaria se produjo lentamente a lo largo de los siglos III y II a. C., a la vez que se producía la expansión territorial del pueblo romano, procesos que se fueron completando a finales de la época republicana. En los comienzos de dicho proceso se puede situar la aparición del derecho real de usufructo, cuando la concesión del uso y disfrute sobre unos bienes a favor de una determinada persona se fue desligando paulatinamente de la organización familiar agnaticia.

III. El usufructo viudal en el *Codex* de Justiniano

Ya se ha visto en páginas precedentes que en Roma el usufructo a favor de la esposa podía constituirse por medio de legado¹⁰²⁸ como resulta claramente de los pasajes de los juristas clásicos, principalmente de Papiniano y de Scaevola. Este régimen clásico del usufructo viudal subsistió con la introducción de algunas especialidades por medio de la legislación de los emperadores en la época imperial.¹⁰²⁹

En el *Codex* consta expresamente la posibilidad de que la mujer atribuyese el usufructo de todos los bienes al marido viudo por medio del testamento en una disposición del año 199 d. C. otorgada por los emperadores Severo y Antonino.

Según C. 3. 33. 1, “si en el testamento de su mujer se le dejó al marido el usufructo de todos los bienes, aunque hubiere prohibido que se exija caución, no podrás, sin embargo, recibir el dinero pagado por los deudores de otra suerte, que habiendo ofrecido caución en la forma del senadoconsulto”.¹⁰³⁰

¹⁰²⁸ En este sentido, el senadoconsulto neroniano (descrito por Gayo 2. 197) en el año 64 d. C. dispuso la transformación de todos los legados con algún vicio de nulidad por defecto de forma, conforme al *ius civile*, en el legado que resultara más apropiado para conseguir el resultado deseado por el testador. A este respecto, las expresiones habitualmente utilizadas como *mandavit*, *ordinavit* o *disposuit* adquirieron el carácter imperativo con el que han llegado a nuestros días, no expresaban deseos o ruegos que debían ser atendidos, sino decisiones que había que cumplir por expresa voluntad del testador.

¹⁰²⁹ Dice FERNÁNDEZ BARREIRO, *op. cit.*, p 287, que los miembros del grupo familiar, entiéndase grupo desde la perspectiva tradicional de la familia romana, gozaban tan solo de una mínima protección en el ámbito formal, a tal punto que, si bien el *ius civile* les reconocía la cualidad de herederos por derecho propio, bastaba con que no fuesen preteridos en el testamento para que se considerase que el causante había cumplido con la legalidad vigente.

¹⁰³⁰ C. 3, 33, 1: “*si usufructus omnium bonorum testamento uxoris marito relictus est,*

El usufructo constituido por la mujer a favor del viudo podía ser, por lo tanto, universal, sobre todos los bienes (*omnium bonorum*), y en esta disposición en concreto se establece que el viudo podrá recibir en usufructo lo que los deudores de la herencia paguen, solamente si prestó la caución que exige el senadoconsulto, incluso aunque la testadora hubiese prohibido que se exija dicha caución.

La tendencia a la separación de los patrimonios iniciada en el siglo III d. C. quizás tuvo mucho que ver en esta reciprocidad en la concesión del usufructo. Cada contrayente es titular de un patrimonio y causante de su propia sucesión.

Otra disposición, promulgada en el segundo consulado de Alejandro, Augusto y Marcelo (año 226 d. C.), menciona específicamente la posibilidad de atribuir a la mujer por vía testamentaria el usufructo temporal y sobre bienes concretos. En C. 3. 33. 5 estableció que “si vuestro padre dejó a vuestra madre el usufructo de unos predios por el tiempo de vuestra pubertad, concluido el usufructo luego que fuisteis adolescentes, podéis repetir los frutos del tiempo posterior percibidos por ella, que sin razón alguna percibió, a sabiendas, de lo que no era suyo”.¹⁰³¹

El usufructo de la viuda aquí tenía una limitación temporal, esto es, terminará si los hijos han superado la pubertad, pudiendo estos reclamar, en tal caso, los frutos que hubiese percibido la viuda después de transcurrido el tiempo estipulado por el testador para la duración del derecho. Los fundos sobre los que se constituye

quamvis cautionem a te prohibuerit exigi, tamen non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris quam oblata secundum formam Senatusconsulti cautione”.

¹⁰³¹ C. 3. 33. 5: “si pater usumfructum praediorum in tempus vestrae pubertatis matri vestrae reliquit, finito usufructu postquam vos adolevistis posterioris temporis fructus perceptos ab ea repetere potestis, quos nulla ratione sciens de alieno percepit”.

el usufructo son *res aliena* para la madre, que no tiene derecho a apropiarse de los frutos más allá del tiempo establecido por el testador, porque en este caso actuaba a sabiendas (*sciens*) de que no eran suyos.¹⁰³²

En las disposiciones recogidas en el *Codex* se detecta que el derecho testamentario, que ya venía experimentando importantes transformaciones desde la época del Principado de Augusto, tuvo que adaptarse a las nuevas condiciones de la realidad social.

Desde mediados del siglo I a. C. el respeto a la voluntad del testador se convirtió en el criterio que regía la interpretación del propio testamento, así como de las disposiciones legislativas. Se trató de preservar en todo momento la validez del testamento eliminando los obstáculos formales que podían frustrar su eficacia.

¹⁰³² En el *Codex* se recogen otras disposiciones de los emperadores en los que se insiste en la distinción entre el nudo propietario y los derechos del usufructuario. Así en C. 3. 33. 9 (de los emperadores Diocleciano y Maximiano, dada entre los años 293 y 304 d. C): “*usufructu matri tuae praediorum et mancipiorum relicto, tam alienatio, quam manumissio interdicta est. Sane mancipia, quorum testamento ministerium matri relictum est, quam in his dominium non habeat, nec tradendo ad testatoris heredem pertinentia quidquam facit*”. Aquí se trata de un usufructo constituido a favor de una madre sobre unos predios y unos esclavos, que, en consecuencia, implicaba la prohibición, tanto de la venta como de la manumisión. Se insiste en que la madre no tiene el dominio y que no hace nada ni entregando mediante *traditio* ni manumitiendo cualquiera de esas cosas, aunque fuese a favor del heredero. En realidad, con esta disposición nada nuevo se añade a lo que ya conocemos sobre el usufructo en su régimen clásico. Se trata aquí de insistir en que nada se hace con la *traditio* de la cosa sobre la que recae el usufructo, sobre todo en el caso de los esclavos, nada se hace si se manumiten. Pero esta disposición no se refiere propiamente al usufructo a favor de la viuda (*uxor*) o del viudo por medio de testamento, sino en general al usufructo dejado a la madre (*usufructu matri tuae*).

Esta tendencia culminó con Justiniano, que en el año 530 d. C. se vio en la necesidad de aclarar, según se recoge en C. 3. 33. 12, las ambigüedades del antiguo derecho (*ambiguitatem antiqui iuris*). Dispuso que

cuando uno haya dejado a su mujer o a cualquier otra persona un usufructo, sometido a cierto tiempo, hasta el cual habría de llegar o su hijo u otro cualquiera, subsista el usufructo los años que fijó el testador, hubiere o no llegado a ese tiempo la persona de cuya edad se trataba. Porque el testador no miró a la vida del hombre, sino a cierto espacio de tiempo, a menos que hubiere muerto el mismo a quien se legó el usufructo; pues en este caso no es posible que el usufructo se transmita a los herederos, como quiera que sea indudable en derecho, que el usufructo se extingue completamente con la muerte.¹⁰³³

Se establece que, si el testador deja el usufructo a su esposa o a cualquier otra persona, pero por cierto tiempo, por ejemplo, hasta que un hijo o cualquier otra persona cumplan una cierta edad, debe respetarse el plazo de tiempo establecido, con independencia de que la persona haya o no alcanzado la edad prevista. Lo ordenado por el testador debe respetarse por el período dispuesto en el testamento, y ésta es una clara manifestación del principio de respeto a la voluntad del causante.

¹⁰³³ C. 3, 33, 12: “*ambiguitatem antiqui iuris decidentes sancimus, sive quis uxori suae sive alii cuicunque usumfructum reliquerit sub certo tempore, in quod vel filius eius vel quisquam alius pervenerit, stare usumfructum in annos, in quos testator statuit, sive persona, de cuius aetate compositum est, ad eam pervenerit, sive non. Neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula, nisi ipse, cui ususfructus legatus sit, ab hac luce fuerit subtractus; tunc etenim ad posteritatem usumfructum transmitti non est possibile quum morte usumfructum penitus extinguere, iuris indubitati sit.*”

La mortalidad en la época de Justiniano era muy elevada, más si se tiene en cuenta que durante su gobierno se produjo una pandemia que afectó gravemente al Imperio romano de Oriente, de forma que era perfectamente posible que un hijo de familia muriese joven o sin alcanzar la edad dispuesta por el testador para dar por finalizado el usufructo de su esposa viuda.

Como afirma Fernández Barreiro,¹⁰³⁴ ya en tiempos de la República la jurisprudencia apostó por la libertad de disposición testamentaria. El testador tenía amplias facultades en lo que respectaba a la distribución de su patrimonio, pudiendo constituir obligaciones a favor de terceros, con cargo a herederos y condicionar el cumplimiento de estas disposiciones mortis causa a través de cláusulas y otros expedientes.

En el ámbito de las potestades de administración atribuidas al *pater familias*, la libertad de testar imperante en el primer derecho romano le permitió sortear la rigidez de la sucesión legal. Podía elegir libremente a quién o a quiénes designaba herederos y a quién o a quiénes nombraba legatarios, alterando con ello el orden sucesorio natural. Como hemos visto, podía el testador, concretamente, disponer de sus cosas a favor de cualquiera, dejando el usufructo al heredero.

Como prueba de la plena libertad de instituir heredero basta con citar el C. 3. 33. 14, donde se dice que dudaban los antiguos, si habiendo dejado uno en su testamento un fundo u otra cosa a uno cualquiera (*antiquitas dubitabat, si quis fundum vel aliam rem cuidam testamento reliquerit*).

En la legislación imperial hemos visto que se admitía la constitución del derecho de usufructo, tanto universal como sobre ciertos bienes, bien sea temporal o condicional o de cualquier otra manera, por medio del testamento, a favor del viudo o la viuda supérstite.

¹⁰³⁴ FERNÁNDEZ BARREIRO, *op. cit.*, 286.

IV. Pérdida de los derechos de la *uxor* por segundas nupcias

Según De Figueiredo,¹⁰³⁵ la sanción de las segundas nupcias ya proviene de la antigua Grecia, donde se condenó al viudo y se formuló el voto de una viudez casta. Bien es cierto, según este autor, que esta forma de pensar griega evolucionó y se postuló a favor de un segundo o ulterior matrimonio. De hecho, se acogió al principio de orden público en virtud del cual Solón estipuló que la dote debía ser devuelta a la mujer, de modo que le resultase más fácil conseguir un segundo marido.

En Roma las segundas nupcias fueron objeto de tratamiento

¹⁰³⁵ Apunta. DE FIGUEIREDO MARCOS, R. M. (2014). Oscilações Histórico-jurídicas em torno das segundas núpcias. *RFDUP*, (11), p. 233, que los pueblos antiguos que admitían el divorcio y la poligamia estaban en las antípodas de la prohibición de las segundas nupcias. En la India era al revés, se entendía que la mujer debía preferir el mundo del marido difunto al de los vivos. Tenía que optar entre el oprobio o la muerte. En la época brahmánica se prescribió, incluso, el suicidio de la mujer viuda sobre el sepulcro del marido. Ya la civilización hebrea no afrontaba las segundas nupcias. También conviene recordar el precepto político y religioso que imponía a las viudas casarse con un hermano o el pariente más próximo del marido difunto. La ley hebrea no era menos favorable al segundo matrimonio del divorciado. Por lo que respecta a este tema, DOS SANTOS JUSTO, *op. cit.*, p. 83, dice que la legislación de Augusto determinó la incapacidad sucesoria de quien no hubiese contraído segundas nupcias. La legislación cristiana, en cambio, consideró desfavorable un segundo matrimonio, que los padres de Iglesia consideraron honesta *fornicatio* o simplemente *fornicatio*.

diverso.¹⁰³⁶ En este sentido, De Figueiredo Marcos¹⁰³⁷ afirma que Augusto promulgó en el 18 a. C. y en el 9 d. C. las *Leges Iulia et Papia*, que entrañaban más que una invitación a las segundas nupcias. Se volvían obligatorias con la intención de hacer crecer la población y luchar contra las costumbres disolutas. Se impuso el deber de que los hombres de más de veinticinco años y menos de sesenta y las mujeres de entre veinticinco y cincuenta años debían contraer matrimonio. Disuelto el matrimonio por divorcio, el hombre tenía que casarse de inmediato, en cambio la mujer divorciada o viuda disponía de un plazo de dieciocho meses o de dos años para volver a casarse. Esto según la *Lex Popaea Poppeia*, que alargó los plazos de la *Lex Iulia*.¹⁰³⁸

¹⁰³⁶ En tiempos de Justiniano se impuso la prohibición que afectaba al derecho del viudo a contraer segundas o ulteriores nupcias recogida en la Nov. 22. Según DE PUENTE Y FRANCO, A. y DÍAZ, J. (1840). *Historia de las Leyes, Plebiscitos y Senadoconsultos más notables, desde la fundación de Roma hasta Justiniano* (p. 44). Madrid: Imprenta de Vicente Lalama, la prohibición de no casarse impuesta a un soltero era nula como contraria a la Ley Julia Papia o Julia Miscela, pero esta ley sí que impedía a los viudos contraer matrimonio de nuevo. Prevenía que el cónyuge al que su consorte le hubiese dejado algo a condición de no volver a unirse en matrimonio, pudiese percibir lo legado, afianzando mediante juramento el cumplimiento de la condición o de la caución muciana pasado ya el año. No se sabe nada acerca del año o de la fecha en la que fue establecida. Se llamó así porque su disposición principal formaba parte en realidad de otra ley, la Ley Julia de los matrimonios, y porque trataba de muchas materias mezcladas. Pero Justiniano menciona como autor de esta ley a Julio Miscelo, del que es más probable que tomase su nombre.

¹⁰³⁷ DE FIGUEIREDO MARCOS, *op. cit.*, p. 234.

¹⁰³⁸ Afirma DONADO VARA, A. (2009). *Los antecedentes históricos de la reserva viudal*. RCC, (16), pp. 116, que tras la segunda guerra púnica por vuelta del siglo II a. C. las costumbres romanas comenzaron a debilitarse y las bondades domésticas

Por lo que aquí interesa, la pérdida del derecho de usufructo por segundas nupcias del cónyuge supérstite, hay que decir que esta legislación y el ambiente favorable al nuevo matrimonio del viudo cambiaron radicalmente con la llegada del cristianismo.

De carácter cristiano, la legislación posterior a Constantino cambió de perspectiva. Los padres de la Iglesia comenzaron a difundir la idea de que el segundo matrimonio era una especie de infidelidad hacia el segundo marido o *speciosum adulterium*, lo cual, unido a la protección de los hijos del primer matrimonio, dio lugar a una serie de sanciones, las *poenae secundarum nuptiarum*,¹⁰³⁹ sobre todo de carácter patrimonial. En esta época el matrimonio se entiende como un vínculo que no se destruye con la muerte, debiendo mantenerse la memoria del difunto y no ultrajar el tálamo.¹⁰⁴⁰

a desaparecer. El matrimonio disminuyó y se incrementaron las separaciones matrimoniales. Ya Julio César intentó aumentar el porcentaje de uniones legítimas concediendo premios a quienes aportasen descendientes a la patria, pero al morir éste sus indicaciones no consiguieron alcanzar el objetivo esperado, que era aumentar la población mermada por las guerras civiles. Será Augusto el que tome el relevo propiciando un importante cambio legislativo.

¹⁰³⁹ Bajo esta denominación se agruparían las leyes promulgadas por los distintos emperadores para desincentivar o limitar el número de segundas nupcias. Apunta DONADO VARA, *op. cit.*, p. 123, que en los textos romanos se incluyen expresiones peyorativas de diversa índole hacia la viuda que contraía segundo matrimonio, tales como, *matre iam secundis nuptiis funestata, lex enim non solum contra tutores, sed etiam contra féminas inmoderatas atque intemperantes prospexit minoribus, quae plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt*.

¹⁰⁴⁰ Dice DONADO VARA., *op. cit.*, p. 128, que, tras la muerte del cónyuge, se debía guardar lo que se conocía como período de purificación, de nueve días de duración durante los cuales a los hombres se les eximía de sus deberes públicos, eran los *feriae denicales*. Transcurrido este tiempo tenía lugar el funeral. Durante el duelo se recomendaba quedarse al margen de las celebraciones sociales y religiosas,

IV. 1. Antes del transcurso del tempus lugendi

Por estos motivos existe una disposición del año 381 d. C. recogida en C. 5. 9. 2 (de Graciano, Valentiniano y Teodosio) referida al matrimonio de la mujer que se casara antes del año de la disolución del anterior matrimonio. Se estableció que

si alguna mujer, habiendo perdido a su marido, se hubiere apresurado a casarse con otro dentro del término de un año, (porque añadimos que se ha de observar un corto tiempo después de los diez meses, aunque este mismo lo consideremos exiguo), tachada con el oprobio, sea privada de la consideración y del derecho de persona honesta y noble, y pierda todo lo que de los bienes del primer marido había conseguido o por derecho de esponsales o por última voluntad del cónyuge difunto.¹⁰⁴¹

Por tanto, la viuda que contrajese segundo matrimonio antes del transcurso de un año desde el fallecimiento de su primer marido

también era tradición vestir con ropas oscuras. Las antiguas costumbres hacían referencia a un período de diez meses como tiempo suficiente para que no se pudiera atribuir la paternidad de un hijo a otro hombre y para considerar que la viuda lo había llorado lo suficiente. Si la esposa viuda alumbraba un hijo durante el luto, éste concluía y podía contraer matrimonio nuevamente. Según la ley de Numa, si la mujer se casaba durante el luto debía hacerse el sacrificio de un ternero y castigar al o a los responsables de que la viuda tuviese que contraer segundo matrimonio sin haber respetado el luto. El castigo para la mujer era la infamia, pero ésta no prohibía que pudiese volver a casarse.

¹⁰⁴¹ C. 5. 9. 2: “*si qua ex feminis perditio marito intra anni spatium alteri festinaverit nubere (parvum enim temporis post decem menses servandum adiicimus tametsi id ipsum exiguum putemus) probosis inusta notis, honestioris nobilisque personae est decore et iure privetur, atque omnia, quae de prioris mariti bonis vel iure sponsalium vel iudicio defuncti coniugis consecuta fuerat, amittat (CTh. 3.8.1)*”.

era calificada de oprobiosa (o infame) y perdía todos los bienes que hubiese recibido del fallecido, por cualquier título. Esto comprendería todo lo que hubiese recibido por actos *inter vivos*, como los regalos de novios o esponsales (*sponsaliorum iure*), las donaciones con ocasión del matrimonio (*nuptiarum sollemnitatem*) y lo atribuido a través de disposiciones mortis causa (*donatio mortis causa*, disposición testamentaria, legado o fideicomiso), entre lo que se incluiría el usufructo dejado en el testamento a favor de la *uxor*.

Pero, además, era sancionada, según una disposición del año anterior (380 d. C., de los mismos emperadores), C. 5. 9.1. En este caso, la mujer era declarada infame por ley y se establecía que si no cumpliese con el tiempo de luto no podría dar en dote al segundo esposo más del tercio de sus bienes, ni dejarle en testamento más que la tercera parte, quedando además privada de todas las herencias, legados, fideicomisos y donaciones por causa de muerte, ya que estos bienes solo podrán ser reivindicados por quienes fuesen herederos *ab intestato*. Las sanciones para la mujer que no respetaba el *tempus lugendi* eran, como se deduce de la anterior Constitución, muy graves y consistían en limitar la libertad de testar. Tenían como único objetivo el evitar la *turbatio sanguinis*.¹⁰⁴²

En cambio, para el hombre no era oprobioso el contraer nuevas

¹⁰⁴² Según DONADO VARA, *op. cit.*, p. 131, la motivación principal de las normas clásicas era la religión, honrar y reverenciar a los Manes del esposo fallecido. Posteriormente, apareció el concepto de *turbatio sanguinis*, motivo utilizado por los emperadores cristianos y por Justiniano para articular todas las disposiciones relativas a la pérdida de derechos por segundas nupcias. Éste será el único criterio que se mantendrá al haberse producido una importante transformación en la época posclásica inspirada por la religión católica que hizo desaparecer tradiciones y cultos paganos de la época clásica. El temor a un embarazo durante la viudez justificó que la prohibición de contraer segundas nupcias para la viuda se circunscribiese al tiempo de luto, prescribiéndose una serie de sanciones si lo contrajera.

nupcias antes de ese plazo, que en realidad no tenía otra finalidad que esperar el tiempo necesario para comprobar que la mujer no estuviese embarazada del anterior marido.¹⁰⁴³

IV. 2. *Depués del tempus lugendi*

También en el caso de que contrajese la mujer segundas nupcias, aunque hubiese transcurrido el año, se le prohibían todo tipo de lucra habiendo hijos del anterior matrimonio en la Constitución que se ha llamado *Feminae* del emperador Teodosio I (año 382 d. C.), contenida en C. 5. 9. 3:

las mujeres que teniendo hijos de su primer matrimonio hubieren pasado a segundas nupcias después del tiempo establecido para el luto, transmitían íntegro, así como lo hubieren recibido, a los hijos que hubieren tenido de su anterior matrimonio, o cualquiera de los hijos (pero solamente de aquellos a los que juzgamos muy dignos de tal sucesión), a quien la madre

¹⁰⁴³ De hecho, según DONADO VARA, *op. cit.*, p. 115, existen inscripciones funerarias en las que se destacan como cualidades de la esposa amada las de ser honesta o *univira*, las cualidades de que llegó virgen o casta al matrimonio no se tenían en cuenta. Afirma que, en un primer momento, al marido viudo que contraía segundas nupcias se le recomendaba, pero no se le imponía este régimen, dando lugar a situaciones injustas que más tarde serían corregidas por Teodosio II. Se criticaba duramente a la viuda por faltar a la memoria de su difunto esposo dejando de permanecer casta. Pero en ninguna de las disposiciones relativas a las segundas nupcias se dice nada acerca del hombre viudo, no se le prohíbe casarse de nuevo, si bien es cierto, se le imponen una serie de penas motivadas no por la falta de castidad sino por la necesidad de defender los intereses de los hijos del primer matrimonio. De esta forma, como sucederá con la ley *Feminae*, se le aconsejarán una serie de medidas para favorecer a sus descendientes.

hubiere creído por consideración a sus méritos que debía dirigir la disposición de su liberalidad, todo lo que por derecho de esponsales hubieren recibido de los bienes de sus anteriores maridos, y también lo que en la solemnidad de las nupcias, o todo lo que hubieren conseguido, como se ha dicho, de los bienes de sus anteriores maridos por donaciones hechas por causa de muerte, o por derecho directo de testamento, o a título de fideicomiso o de legado, o por premio de cualquier generosa liberalidad. Y no se atribuyan ni tenga facultad estas mujeres para enajenar cosa alguna de los mismos bienes a favor de cualquier persona extraña o sucesión, habida de la unión de otro matrimonio; quedándoles concedida solamente la facultad de poseerlos y de disfrutarlos hasta el término de su vida, no también para enajenarlos. Porque si alguna cosa de estos mismos bienes hubiese sido transferida por ella a favor de otro cualquiera, será reintegrada de los bienes maternos, a fin de que, intactos y sin quebranto, vayan los bienes a poder de los hijos que hemos determinado.¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴⁴ C. 5. 9. 3: “*feminae, quae susceptis ex priore matrimonio filiis ad secundas post tempus luctui statutum transierint nuptias, quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium iure, quidquid etiam nuptiarum solemnitate perceperint, aut quidquid mortis causa donationibus factis, aut testamenti iure directo, aut fideicommissi vel legati titulo, vel cuiuslibet munificae liberalitatis praemio ex bonis, ut dictum est, priorum maritorum fuerint assecutae, id totum, ita ut perceperint, integrum ad filios, quos ex praecedente coniugio habuerint, transmittant, vel ad quemlibet ex filiis (dummodo ex his tantum, quos tali successione dignissimos iudicamus), in quem contemplatione meritorum liberalitatis suae iudicium mater crediderit dirigendum. Nec quidquam eadem feminae ex iisdem facultatibus alienandi in quamlibet extraneam personam vel successionem, ex alterius matrimonii coniunctione susceptam, praesumant atque habeant potestatem; possidendi tantum ac fruendi in diem vitae, non etiam alienandi facultate concessa. Nam si quid ex iisdem rebus in alium quemlibet fuerit ab ea translatum, ex maternis reintegrabitur facultatibus, quo illibata ad hos, quos statuimus, liberos bona et incorrupta perveniant (CTh. 3.8.2.pr)”*

La obligación jurídica establecida en esta ley solo concernía a la madre viuda que pasaba a segundas nupcias tras el tiempo de luto (*tempus lugendi*), siempre y cuando existiera descendencia (hijos) del matrimonio anterior.

En definitiva, la madre viuda que contrajese segundas nupcias después del año de luto debía transmitir íntegramente a cualquiera de los hijos habidos en el anterior matrimonio o a algunos de ellos (siempre que fuese digno de ello, porque la madre considerase que lo merecía especialmente), todo lo que por esponsales (*sponsalium iure*) hubiere recibido de sus anteriores maridos (*priorum maritorum*), o en la solemnidad de las nupcias (*nuptiarum sollemnitate*) o por donaciones *mortis causa* o por testamento a título de fideicomiso o legado o por cualquier generosa liberalidad. Y se le prohíbe a la mujer la enajenación de esos bienes a cualquier persona extraña o la transmisión *mortis causa* a la persona nacida en otro matrimonio. Lo único que tenía la esposa viuda era el derecho de usufructo sobre tales bienes, mientras vivía, porque los bienes procedentes del anterior marido debían pasar íntegramente a los herederos de éste.

Pero si premorían los hijos, o si no tenían hijos en común o si se mantenía viuda, esta Constitución del año 382 d. C. no le afectaba.

De conformidad con lo expuesto, resulta claro que la tendencia proteccionista hacia la mujer viuda se desvanecía cuando ésta contraía segundas nupcias. Es probable que esto se deba a una combinación de la influencia de la Iglesia católica, siempre desfavorable a los nuevos matrimonios del supérstite y al interés por mantener la unidad del patrimonio familiar que ya se observaba en la legislación del Bajo Imperio.

IV. 3. Pérdida del usufructo viudal por segundas nupcias

Además de todo lo que acabamos de exponer, en la C. 5. 10. 1 dada por los emperadores Valentiniano, Teodosio I y Arcadio en

el año 392 d. C. y que lleva por título *si secundo nupserit mulier, cui maritus usufructum reliquit*, se estableció específicamente que, si la madre viuda contraía segundas nupcias, perdía el usufructo que sobre sus bienes le había dejado su marido fallecido por disposición mortis causa.

Si al morir le hubiere dejado el marido el usufructo de sus bienes a su mujer, y ésta hubiere convenido segundas nupcias o unión, pierda el usufructo que hubiere conseguido de su primer marido, y restitúyasele inmediatamente a los hijos desde el día en que se hubiere casado. Pero si la debilidad de la infancia dominare todavía a los hijos del primer matrimonio, y no les proveyera del auxilio de tutor, y con tal ocasión la madre hubiere usurpado los bienes que habían sido dejados, lo restituirá todo, cuando legalmente se le reclame, con los frutos correspondientes puestas las cuentas en claro. Esto respecto al usufructo, que de sus bienes le hubiere dejado a su mujer el marido al determinar su última voluntad. Más en cuanto al usufructo de los bienes donados antes de las nupcias, mandamos que se observe lo que decretaron las anteriores constituciones.¹⁰⁴⁵

Se extingue, pues, todo derecho de usufructo concedido por el marido en el testamento a favor de la mujer cuando ésta contrajese segundas nupcias. Se añadió la precisión de que en caso de que los

¹⁰⁴⁵ C. 5. 10. 1: “*si usumfructum maritus rerum suarum decedens uxori reliquerit, eaque in secundas nuptias consortiumque convenerit, usumfructum, quem ex priore marito consecuta fuerit, amittat, atque eum filiis ex eo die, quo nupserit, mature restituat. Quodsi liberos ex priore matrimonio adhuc imbecilitas habebit infantiae nec muniat tutoris auxilium, ac per huiusmodi occasionem mater ea, quae relicta fuerant, usurpaverit, omnia, quum legitime retuntur, cum, competentibus fructibus, ad liquidum deducta ratione restituat. Haec de usufructu, quem vir extremam constituens voluntatem de rebus propriis uxori reliquerit. De usufructo vero rerum ante nuptias donatarum ea servari, quae anteriores constitutiones decreverunt, sancimus*”.

hijos fuesen menores y la madre no les proporcionase la asistencia de un tutor, o aun así, usurpase de forma fraudulenta los bienes, estaría obligada a devolver todo lo que se le reclame, incluidos los frutos. Por lo que respecta al usufructo de los bienes procedentes de la *donatio ante nuptias*, se seguirá lo dispuesto en las constituciones precedentes, esto es, disfrutará la mujer del usufructo, pero serán restituidos íntegramente a su muerte a los descendientes del primer matrimonio.

Por tanto, si el usufructo viudal se establecía por disposición testamentaria, cesaba el derecho en cuanto la viuda contrajese nuevas nupcias. Pero Justiniano extendió esta sanción más adelante también al viudo, por medio de su Nov. 22, cap.32, donde estableció que si cualquiera de los cónyuges constituía el usufructo a favor del otro a título de liberalidad o donación, entonces el beneficiario solo perdería el usufructo si hubiese infringido la condición impuesta por el premuerto de no contraer segundas nupcias.

En consecuencia, en la etapa justinianeana, el usufructo constituido a favor del cónyuge solamente cesaba por segundas nupcias si el testador estableció esa condición. A falta de esta condición establecida por el causante, conservaría el usufructo, aunque contrajese segundas nupcias.

Así lo dispuso Justiniano en la Nov. 22, cap.32:

pero a nosotros no nos place esto lo bastante, sino que queremos, que, si se dejara, ya si el usufructo fuese dado por liberalidad, o por donación hecha por causa de muerte, o entre vivos, en los casos en los que es lícito que se done, y el que lo recibe pasara a segundas nupcias, subsista también de este modo el usufructo mientras viva el que tiene dicho usufructo, a no ser que expresamente hubiere dicho el que hizo la donación (según se dijo), o el que lo dejó, ya sea varón, ya sea hembra, que quería que al pasar a segundas nupcias el que recibió el usufructo se extinguiera este y volviera a la propiedad.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴⁶ Nov.22, cap.32: “*nobis autem non satis hoc placuit, sed volumus, sed usufructus*

V. Referencias bibliográficas

- BONFANTE, P. (1987). *Istituzioni di diritto romano*. Milán: Giuffré.
- DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. (2006). *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Tirant Lo Blanch: Valencia.
- DE FIGUEIREDO MARCOS, R. M. (2014). Oscilações Histórico-jurídicas em torno das segundas núpcias. *RFDUP*, (11).
- DONADO VARA, A. (2009). Los antecedentes históricos de la reserva vidual, *RCC*, (16).
- DOS SANTOS JUSTO, A. (2006). *Direito Privado Romano*. Coimbra: Coimbra Editora.
- FAYER, C. (2005). *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia Matrimonio Dote. Parte seconda, L'erma di Bretschneider*. Roma: L'Erma di Bretschneider.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2006). Libertad de testar y sistema de legítimas. *AFDUDC*, (10).
- FUENTESECA, M. (2016). La *mancipatio familiae* o el *negotium testamenti ordinandi gratia*. *SCDR*, XXIX.

detur per largitatem, aut mortis causa donationem factam aut inter vivos, in quibus licet etiam donari, si relinquatur, et accipiens ad secundas veniat nuptias, manere sic quoque usam, donec supersit, qui hunc habet usumfructum, nisi expressim ille, qui donationem (sicut dictum est) fecit, aut hunc reliquit, sive masculus sive femina, dixerit, velle ad secundas veniente nuptias eo, qui usumfructum accepit, solvi eum, et ad suam reverti proprietatem (sic...)”

GARCÍA GARRIDO, M. (1958). *Ivs Vxorivm, el régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*. Roma-Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

LÓPEZ-RENDON, C. (2000). La sucesión intestada en la Ley de las XII Tablas. *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito M^a. Reimundo Yanes*. Vol. 1. Burgos: Universidad de Burgos.

PEPPE, L. (1984). *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milán: Giuffré.

PEREIRA DE MAGÁLHAES, A. (1936). *Vocação hereditária do cônjuge sobrevivente*. Coimbra: Universidade de Coimbra.

RODRÍGUEZ MONTERO, R. P. (2012). Hilvanando “atributos” femeninos en la antigua Roma. En P. RESINA SOLA (Coord.). *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*. Almería: Universidad de Almería.

VI. Fuentes

Gai Institutionum

1.114; 1.115 b; 1.118; 1.136; 2.19; 2.20; 2.138; 2.156; 2.157; 2.159; 2.197; 2.209; 2.213; 2.216; 3.14; 3.83

Corpus Iuris Civilis

Digesto

D. 7.1.3, lib. 2, *Rer. Quotid*; D. 7.1.5, lib.7, *Quaest*; D. 7.1.29, lib. 17 *ad Sab*; D. 33.2.6; D. 33.2.11; D. 33.2.13; D. 33.2.22 lib. 15 *ad legem Iuliam et Papiam*; D. 33.2.23; D. 33.2.24, lib. 7, *Resp*; D. 33.2.25, lib. 8, *Resp*; D. 33.2.27; D. 33.2.31; D. 33.2.32.2 lib. 15, *Dig*; D. 33.2.32.3 lib. 15, *Dig*; D. 33.2.32.4 lib. 15, *Dig*; D. 33.2.35, lib. 22, *Dig*; D. 33.2.37, lib. 23, *Dig*; D. 33.2.38, lib. 3, *Resp*; D. 33.2.39, lib. 6, *Resp*; D. 38. 11.1, lib. 47 *ad Ed*

Institutas

I. 2.4.1

Códex

C. 3. 33. 1; C. 3, 33, 3; C. 3. 33. 5; C. 3.33.9; C. 3.33.12; C. 3. 33. 14; C. 3, 33, 16; C. 5. 9. 2; C. 5. 9. 3; C. 5. 10. 1 d; C.6.60.1

Novelas

Nov. 22; Nov. 22, cap.32; Nov.121, cap. 3.

DERECHO ROMANO PRINCIPIOS GENERALES

UFLO
UNIVERSIDAD

El presente libro recupera las ponencias presentadas en el XI 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 Enrique Lapieza Elli” los días 25 y 26 de octubre de 2024.

El evento se realiza de forma anual en UFLO Universidad, donde reconocidos expertos tratan distintas aproximaciones a la problemática que los reúne.

