

DERECHO  
RINCIPIOS GENERALES  
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

# Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 2

Mirta Beatriz Álvarez  
Juan Carlos Ghirardi  
Elvira Méndez Chang  
Luis Rodríguez Ennes  
Gabriela Marta Alonsoperez  
Carlos María Antuña Suárez  
Juan Bautista Bardi  
Cecilia Benetti  
Gonzalo Bernal  
Rosa Luz Casen

Marilina Miceli  
Leticia Núñez  
Carlos Andrés Domínguez  
Scheid  
Susana Isabel Estrada  
María Cristina Filippi  
Gastón L. Medina  
Germán Giarrocco  
Joao Alfredo Jiménez Salas  
Norma Alicia Juárez

Gabriela Victoria Morel  
Arturo Magno Quispe Quiroz  
Emma M. Rodríguez Díaz  
Julieta Salomé Rodríguez  
Mariana Verónica Sconda  
Luis Diego Vargas  
Bibiana Llaryora  
Paola Acosta  
Andrea Costa  
Soledad Sandra Peralta

**UFLO**  
UNIVERSIDAD

DERECHO  
PRINCIPIOS GENERALES  
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

# Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 2

Mirta Beatriz Álvarez  
Juan Carlos Ghirardi  
Elvira Méndez Chang  
Luis Rodríguez Ennes  
Gabriela Marta Alonsoperez  
Carlos María Antuña Suárez  
Juan Bautista Bardi  
Cecilia Benetti  
Gonzalo Bernal  
Rosa Luz Casen

Marilina Miceli  
Leticia Núñez  
Carlos Andrés Domínguez  
Scheid  
Susana Isabel Estrada  
María Cristina Filippi  
Gastón L. Medina  
Germán Giarrocco  
Joao Alfredo Jiménez Salas  
Norma Alicia Juárez

Gabriela Victoria Morel  
Arturo Magno Quispe Quiroz  
Emma M. Rodríguez Díaz  
Julieta Salomé Rodríguez  
Mariana Verónica Sconda  
Luis Diego Vargas  
Bibiana Llaryora  
Paola Acosta  
Andrea Costa  
Soledad Sandra Peralta

**UFLO**  
UNIVERSIDAD

**Universidad de Flores**

**Rectora**

Arq. Ruth Fische

**Facultad de Derecho**

**Decana**

Dra. Cecilia Garau

**Director de la carrera de Abogacía**

Dr. Juan Carlos Carretero

2023.- 516 pág.; 15 x 23 cm.

ISBN: 978-987-710-118-8

Diseño de portada: María Cecilia Kowalewicz

Maquetación: Denise Castagneris

© Editorial de la Universidad de Flores, 2023

Octubre de 2023.

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. 2 /  
Mirta Alvarez... [et al.] ; compilación de Mirta Alvarez. - 1a ed. -  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Universidad de Flores, 2023.  
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga  
ISBN 978-987-710-118-8

1. Derecho Romano. I. Alvarez, Mirta, comp.  
CDD 340.54



# Índice

<b>Prólogo</b> .....	9
Mirta Beatriz Álvarez	

<b>Crónica del IX Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano</b> .....	11
Mirta Beatriz Álvarez	

## Conferencias

<b>¿Es la libre elección de practicar la homosexualidad un principio general del derecho?</b> .....	14
Juan Carlos Ghirardi	

<b>La <i>Constitutio Antoniniana</i> del 212 d. C. y sus consecuencias jurídicas</b> .....	38
Elvira Méndez Chang	

<b>Roma, germen del protocolo civil y eclesiástico</b> .....	74
Luis Rodríguez Ennes	

## Ponencias

### **Quintiliano y el lenguaje claro: ¿una propuesta de la retórica?**

Gabriela Marta Alonsopérez ..... 103

### **Excepción al principio de la irrevocabilidad de las donaciones: la ingratitud. Análisis de un fallo**

Mirta Beatriz Álvarez ..... 124

### **La relaxatio de la *testamentifactio* romana: el *testamentum tempore pestis* en el Código Civil español**

Carlos María Antuña Suárez ..... 139

### **La distinción público-privado como principio estructurante de la religiosidad en Roma: el *Senatus Consultum de Bacchanalibus* y la represión de las Bacanales**

Juan Bautista Bardi ..... 162

### **Evolución del instituto de la tutela desde Roma a la actualidad**

Cecilia Benetti y Gonzalo Bernal ..... 179

### **La prueba de testigos: evolución desde el derecho romano a la actualidad. Nuevos paradigmas de la prueba**

Rosa Luz Casen ..... 211

<b>Contratos romanos modernos: la consensualidad en la compraventa y el <i>pacta sunt servanda</i></b>	
Andrea Costa, Paola Acosta, Marilina Miceli y Leticia Núñez .....	230
<b>La vigencia de la <i>actio popularis romana</i></b>	
Carlos Andrés Domínguez Scheid .....	243
<b>El principio de autonomía de la voluntad y la institución de la legítima</b>	
Susana Isabel Estrada .....	259
<b>El caso de la herencia de Francisco Juanicó</b>	
María Cristina Filippi .....	289
<b>La causa: génesis y evolución de un concepto</b>	
Gastón L. Medina .....	301
<b>Los juristas romanos y el uso de la dialéctica clásica</b>	
Germán Giarrocco .....	308
<b>El rol de la buena fe del constructor en suelo ajeno en los casos de la accesión de cosa mueble e inmueble en el derecho romano justineano</b>	
Joao Alfredo Jiménez Salas .....	316
<b>De la <i>Lex Cornelia de falsis</i> a la falsificación de documento electrónico</b>	
Norma Alicia Juárez y Soledad Sandra Peralta .....	337

<b>Cesárea <i>post mortem</i>: disposiciones contradictorias en la fuente justiniana y su proyección en la actualidad</b>	
Bibiana Llaryora .....	365

<b>Los bienes y el alcance de los derechos en miras a su protección</b>	
Gabriela Victoria Morel .....	389

<b>Sobre la naturaleza jurídica de los documentos elaborados por los <i>tabellionis</i> y su eficacia probatoria en el marco de los procesos judiciales del derecho romano justiniano</b>	
Arturo Magno Quispe Quiroz .....	399

<b>La discapacidad sensorial en derecho romano: falta de idoneidad de personas ciegas, sordas y mudas para participar como testigos en el otorgamiento de testamentos. Referencia a la reforma del artículo 681 del Código Civil español</b>	
Emma M. Rodríguez Díaz .....	418

<b>El testamento ológrafo. Requisitos. Un caso de jurisprudencia actual y el antecedente en el derecho romano</b>	
Julietta Salomé Rodríguez .....	444

<b>El beneficio de inventario: un límite a la responsabilidad <i>ultra vires</i>. Su origen en el derecho romano. Evolución y recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina</b>	
Mariana Verónica Sconda .....	464

**Una excepción a la regla por la que no se puede usucapir la cosa hurtada en el derecho romano justinianeo**

Luis Diego Vargas ..... 495

# Prólogo

---

Por Mirta Beatriz Álvarez

Presentamos esta obra que contiene la publicación de trabajos debatidos en el IX Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano organizado, como siempre, por la Facultad de Derecho de UFLO Universidad y el Instituto de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina “Dr. Ángel Lapieza Elli”, en el mes de octubre del año 2022.

Con la experiencia adquirida durante la pandemia para organizar eventos por vías virtuales, se tomó la decisión de organizar el Congreso de modo híbrido. Así, el Congreso contó con gran cantidad de expositores de todo el país presentes como también dos conferencistas, uno de ellos proveniente de Chile, y asimismo se registró la entusiasta participación de numerosos profesores y especialistas argentinos, latinoamericanos y europeos a través de videos que enviaron previamente y se proyectaron durante las dos jornadas. Se contó también con dos conferencias dictadas en línea en tiempo real.

Es así que se incluyen en esta publicación la conferencia del profesor Dr. Juan Carlos Ghirardi, presidente emérito de ADRA, que se interroga acerca de si la libre elección de practicar la homosexualidad es un principio general del derecho y el significativo aporte proveniente de la

profesora peruana Dra. Elvira Méndez Chang sobre la Constitutio Antoniniana del 212 d. C. y sus consecuencias jurídicas. Se incluye también la colaboración enviada por el catedrático de la Universidad de Vigo y Doctor Honoris Causa por UFLO Universidad, Luis Rodríguez Ennes, titulada “Roma, germen del protocolo civil y eclesiástico”.

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

# Crónica del IX Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano

---

Por Mirta Beatriz Álvarez

Los días 28 y 29 de octubre de 2022 se celebró, de manera presencial y virtual, el IX Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano, organizado por la Facultad de Derecho de UFLO Universidad y el Instituto de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina “Dr. Ángel Lapieza Elli”.

A continuación de la ceremonia de apertura, se leyó la salutación del Prof. Luis Rodríguez Ennes, de la Universidad de Vigo (España) y doctor honoris causa por UFLO Universidad, que no pudo conectarse pero envió el texto de su conferencia titulada “Roma, germen del protocolo civil y eclesiástico”, para su publicación.

La conferencia inaugural fue pronunciada en forma presencial por el Prof. Patricio Carvajal Ramírez, catedrático de la Pontificia Universidad Católica de Chile, sobre el tema “Los romanistas ante la causalidad de la responsabilidad civil”.

Como cierre de la primera jornada, el Dr. Juan Carlos Ghirardi, de la Universidad Nacional de Córdoba y presidente emérito de Asociación de

Derecho Romano de la República Argentina, disertó de forma virtual, sobre el tema “¿Es la libre elección de practicar la homosexualidad un principio general del derecho?”.

Promediando la segunda jornada tuvo lugar la conferencia presencial del Dr. Emiliano Buis (UBA, Conicet, UNICEN) sobre el tema “Ius gentium, saqueo de ciudades y conquista bélica: juegos en torno del asedio en la comedia plautina”.

La segunda conferencia de la jornada del sábado estuvo a cargo de la Prof. Elvira Méndez Chang, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de manera virtual, sobre el tema: “La Constitutio Antoniniana del 212 d. C. y sus consecuencias jurídicas”.

Se expusieron y debatieron alrededor de cuarenta ponencias de altísimo nivel, presentadas por profesores de distintas áreas del derecho (romanistas, historiadores, de filosofía y de teoría del derecho) provenientes de diversos puntos de nuestro país y del exterior. Los que participaron en forma virtual lo hicieron a través de un video previamente enviado, para evitar problemas de conexión. La asistencia fue muy numerosa, tanto de profesores como de alumnos. Hubo más de 80 inscriptos.

Asistieron profesores de las siguientes universidades del país: UFLO, UBA, del Salvador, Kennedy, UAI, UCA, de Morón, Nacional de José C. Paz, de San Isidro, de Belgrano, Nacional del Centro (UNICEN), de San Andrés, Nacional de Córdoba, Católica de Córdoba, Nacional de Tucumán, Nacional de La Rioja, Nacional de La Plata, Nacional de Lomas de Zamora, Católica de La Plata, Católica de Santiago del Estero, Católica de Salta, Nacional del Sud, Nacional de Catamarca. También participaron profesores de la Universidad de Oviedo (España), de la Universidad de Burgos (España), de la Pontificia Universidad Católica de Perú, de la Universidad Católica de Temuco (Chile) y de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Estuvieron presentes el presidente, la vicepresidenta y la secretaria actuales de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA), cinco presidentes eméritos de ADRA, el director y la secretaria del Instituto de Derecho Romano del Colegio Público de Abogados de

la Capital Federal, el vicedirector del Instituto de Derecho Romano del Colegio de Abogados de La Plata y el director y el secretario del Instituto de Derecho Romano y Cultura Clásica de la Universidad Católica de La Plata.

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

El comité organizador estuvo integrado por las profesoras Mirta Beatriz Álvarez, Mariana Verónica Sconda, Gabriela Victoria Morel y Julieta Salomé Rodríguez, integrantes del equipo de investigación de UFLO Universidad.

El evento contó con el auspicio de ADRA y de la Coordinación de Institutos Académicos del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Asimismo, se recibieron adhesiones del Instituto de Derecho Romano y Cultura Clásica (UCALP), del Instituto de Derecho Romano de la Universidad Católica de Córdoba “Dr. Agustín Díaz Bialek”, del Instituto de Derecho Romano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Administrativas de la Universidad Católica de Temuco (Chile) y de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

Durante el transcurso del Congreso se presentó, en formato electrónico, el libro Estudio sobre Principios Generales y Derecho Romano. Volumen 1, con los trabajos presentados en el VIII Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano de 2021.

La coordinación general del evento estuvo a cargo de la Prof. Mirta Beatriz Álvarez, directora del Instituto de Investigación de la Facultad de Derecho de UFLO Universidad.

# ¿Es la libre elección de practicar la homosexualidad un principio general del derecho?

---

Por Juan Carlos Ghirardi <sup>1</sup>

## I. Introducción y objetivo

Los seres humanos y gran parte del resto de los seres vivos, animales y aún vegetales tienen dos sexos, es decir, se distinguen entre machos y hembras, a partir de cuya unión física surgen otros seres de la misma naturaleza que ellos, de modo que parece lógico afirmar que la conservación y propagación de cada una de esas especies está sujeta a la actividad sexual.

Yendo ahora a la humanidad, no debería extrañarnos entonces que esa actividad entre seres de distinto sexo haya sido siempre lícita, regulada y protegida por las leyes, con la única excepción quizás del Estado de la Ciudad del Vaticano en cuanto a sacerdotes y monjas respecta, pero solamente en relación a los mismos, ya que la Iglesia considera y jerarquiza al matrimonio como un sacramento.

Digo esto aunque existen infinitas variaciones por cierto, ya que algu-

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Romano de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador Categoría I. Presidente emérito de ADRA.

nas relaciones entre personas de diferente condición social estuvieron mal vistas o directamente prohibidas en ciertas culturas. En algunas comunidades se permitieron las uniones transitorias, otros sistemas jurídicos postularon la indisolubilidad de dichas uniones. En algunas regulaciones ambos cónyuges estuvieron y están en pie de igualdad, en otras un género estuvo o está sometido al otro, o inclusive el miembro de uno de ellos tuvo o tiene permitido mantener a la vez varias parejas simultáneamente.

Es claro entonces que la tutela de algunas o varias de estas relaciones sexuales entre personas de distinto sexo fue siempre protegida por el derecho, al punto que podríamos decir que la licitud de formar una pareja heterosexual, sin perjuicio de las modalidades de esa unión, es un principio general del derecho. Ahora, ¿podríamos decir lo mismo si de formar parejas, permanentes o transitorias, del mismo sexo se trata? Dicho de otra manera, ¿podrá afirmarse que la total libertad de elección sexual es también un principio general del derecho? Intentar esclarecer este interrogante es el objetivo del presente trabajo, pero previamente debo hacer una aclaración. Me limitaré al análisis de la cuestión desde el aspecto exclusivamente jurídico, dejando de lado toda valoración hecha desde el punto de vista de la moral.

Comencemos definiendo el concepto de homosexualidad, que fue creado en Prusia en la década de 1870 para describir la atracción y el comportamiento sexual entre seres del mismo sexo. Y a esos fines voy a remitirme al *Diccionario* de la Real Academia Española, que muy sucintamente dice que homosexual es una “persona que tiene relación carnal con otra del mismo sexo”. Por su parte la *Enciclopedia Británica*<sup>3</sup> define la homosexualidad como “un interés sexual y atracción hacia miembros del mismo sexo, aunque ello no implique necesariamente

---

<sup>2</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1970). *Diccionario de la Lengua Española*. XIX Edición. Madrid.

<sup>3</sup> ENCYCLOPEDIA BRITANNICA INC. (1995). *The New Enciclopedia Britannica*. 15<sup>o</sup> Edición. Chicago.

un contacto físico que lleve al orgasmo. La homosexualidad femenina es conocida como lesbianismo”.

Con el mayor de los respetos, creo que el concepto de la Real Academia se queda corto, y por varios motivos. En primer lugar, porque las prácticas homosexuales no se limitan exclusivamente al ámbito carnal, pueden darse vínculos de esta naturaleza sin que medie relación sexual, como bien lo puntualiza la *Enciclopedia Británica*. Y en segundo lugar, porque la homosexualidad no se da exclusivamente entre los seres humanos, sino que es una orientación que se replica a lo largo de todo el reino animal, inclusive los insectos.

## II. Homosexualidad en los animales

La homosexualidad y la bisexualidad están presentes en el reino animal en una proporción variable. El comportamiento homosexual de los animales toma muchas formas distintas, como la relación sexual propiamente dicha, el afecto, la vida en pareja, el atender a las crías aunque no sean nacidas de quienes se ocupan de ellas. Puede darse en numerosos seres vivos, desde primates hasta parásitos intestinales, y eso está bien documentado en alrededor de cuatrocientas cincuenta especies<sup>4</sup>, con la aclaración que se trata de comportamientos minoritarios en ellas y no los prioritarios en alguna determinada. Aunque a veces constituyen una estrategia para tener mayores oportunidades de actividad heterosexual, es el caso de algunos peces de tamaño pequeño y colores desvaídos, que realizan requerimientos sexuales a machos mayores con el fin de atraer la atención de las hembras.

---

<sup>4</sup> HARROLD, M. (1999) comentando el libro de BAGEMIHL, B. *Biological exuberance. Animal homosexuality and natural diversity*. Highbeam Encyclopedia, New York: St. Martin's Press. Consultado el 14 de marzo de 2022.

Si bien el comportamiento parece estar más extendido entre los pájaros sociales y los mamíferos, particularmente entre estos últimos los marinos y los primates, no existen especies para las que no se hayan encontrado comportamientos homosexuales, tanto en machos como en hembras, con excepción de las que nunca tienen sexo, como los erizos marinos. Además, una parte del reino animal es hermafrodita, realmente bisexual como el pez julia, que abunda en las costas europeas del océano Atlántico y en el Mediterráneo y que es hembra en su juventud y macho en su madurez. Esta característica de tener ambos sexos se encuentra inclusive en el reino vegetal, donde una especie de tomate silvestre originario de Australia, el *solanum plastisexum*, se destaca por tener algunas flores masculinas, otras femeninas, e inclusive de ambos géneros al mismo tiempo.

Agrego a continuación una lista, solamente a título ejemplificativo y que de ninguna manera es exhaustiva, de especies en las que se han observado casos de homosexualidad en el reino animal, a la que se podrían adicionar algunos invertebrados, como los cangrejos.

Dentro de los mamíferos: macacos, bisontes, osos, ratas, caribúes, gatos, perros, monos, chimpancés, delfines, hienas, elefantes, zorros, jirafas, cabras, caballos, ciervos, focas, ardillas, cabras, ballenas, pecaríes, canguros.

Dentro de las aves: avestruces, pavos, lechuzas, cisnes, emúes, pingüinos, ánades, flamencos, cormoranes, cigüeñas, pollos, gaviotas, gansos, cotorras australianas, cuervos, buitres, palomas, gorriones, golondrinas, colibríes, patos.

Dentro de los peces: tanto marinos como los peces hoja, salmones, fundulus, tilapias, peces sol, gambusias, y la mayor parte de los peces ovovivíparos de acuario como lebistes, mollys, espadas y platys.

Dentro de los reptiles: lagartos, iguanas, tortugas, galápagos y serpientes como la de cascabel.

Dentro de los anfibios: ranas, salamandras y sapos.

Dentro de los insectos: gusanos, gorgojos, moscas, cucarachas, escarabajos, mariposas, libélulas y chinches.

### III. La Antigüedad prerromana

Vaya un brevísimo resumen, que no pretende ser exhaustivo sino meramente ilustrativo.

#### *La Prehistoria*

Obviamente no existen testimonios escritos ni transmitidos por vía oral de los tiempos prehistóricos, aunque podemos conocer algo de la vida en aquellas épocas lejanas a través de los descubrimientos arqueológicos. Uno de ellos se realizó a raíz de unas excavaciones que se hicieron en las afueras de Praga que permitieron sacar a la luz los restos de un hombre que vivió entre los años 2500 y 2000 a. C., que presumiblemente pertenecía a una cultura desarrollada entre fines de la Edad de Piedra y fines de la Edad de Bronce, ocupando gran parte del norte de Europa.

Sabemos que el ritual funerario de esa cultura diferenciaba muy bien los cadáveres según su sexo. A los hombres se los enterraba sobre su costado derecho y mirando al oeste, acompañados de instrumentos de guerra como lanzas, cuchillos, o cualquier otra arma o herramienta de la época, y algunas porciones de alimento y bebida para el trayecto, mientras que las mujeres eran enterradas sobre su lado izquierdo y con la cabeza mirando hacia el este. Éstas estaban acompañadas de collares hechos con dientes de animales, pendientes de cobre, jarras y/o utensilios de menaje, así como un recipiente en forma de huevo que era colocado cerca de los pies.

En el caso del esqueleto masculino descubierto en Praga sucedía algo muy extraño: reposaba sobre su lado izquierdo, miraba hacia el este y no tenía consigo sus armas sino que a su lado había instrumentos de cocina y enseres hogareños. Esto podría indicar que se trataba de un hombre

con una orientación sexual diferente, tal vez un homosexual<sup>5</sup>. Pero si éste hubiese sido el caso, evidentemente no se lo discriminó al punto de negarle las honras fúnebres.

## Mesopotamia

Se describen prácticas homosexuales masculinas ya desde el período de la civilización sumeria allá por el año 3000 a. C. tanto entre hombres con otros hombres como entre éstos y muchachos. Existían por entonces sacerdotes-cantores llamados *assinu*, que significaba literalmente “hombre útero”, lo que ha sido interpretado como homosexual.

En Babilonia, cuya cultura se extendió entre los años 2100 y 560 a. C., la homosexualidad era considerada algo corriente y no se la condenaba<sup>6</sup>. Así, en el mito de Gilgamesh se describe una relación erótica de éste con su compañero Enkidu. Igualmente existen constancias que algunos sacerdotes de Ishtar eran homosexuales y en ciertos ritos participaban bailando vestidos como mujeres. En algunos templos babilónicos existía prostitución masculina sagrada, aunque practicarla fuera de esos lugares no estaba bien visto.

En cambio, los asirios, cuya civilización se extendió entre el 1800 y el 1077 a. C., fueron absolutamente intolerantes con la homosexualidad masculina, al punto de que durante el reinado de Tiglatpilisér I, en el siglo XII a. C., se condenaba a los homosexuales con castración. Sin embargo, en el Código de Hammurabi, de alrededor del 1770 a. C., se menciona a las *salzikrum* (hijas-varón) que podían tomar una o varias esposas y tenían derechos de herencia y de propiedad semejantes a los de los hombres. ¿Habrán sido antecesoras de las lesbianas?<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> [https://www.abc.es/tecnologia/abci-primer-homosexual-201104120000\\_noticia.html](https://www.abc.es/tecnologia/abci-primer-homosexual-201104120000_noticia.html).

Consultado el 16 de marzo de 2022.

<sup>6</sup> NEMET-NEJAT, K. (1998). *Daily life in ancient Mesopotamia*. Connecticut: Greenwood Press. Consultado el 16 de marzo de 2022.

<sup>7</sup> [www.Pt.Lesbianas.tv](http://www.Pt.Lesbianas.tv). *Historia del lesbianismo*. Consultado el 16 de marzo de 2022.

## Egipto

Los registros históricos sobre homosexualidad en el antiguo Egipto son muy escasos y la mayoría de las veces ambiguos. En una tumba excavada en la tierra, del género llamado mastaba, ubicada en Saqqara y que data alrededor del 2400 a. C., perteneciente a dos funcionarios reales del faraón Nyusera de la V dinastía, aparecieron imágenes de ambos abrazándose en situaciones muy similares a las habituales de los matrimonios heterosexuales encontradas en otras tumbas del mismo período, lo que puede llevar a pensar que eran una pareja homosexual.

La referencia más explícita a la homosexualidad en la cultura egipcia está en los mitos de Seth y su sobrino Horus, el hijo de Osiris. Seth violó analmente a Horus, lo que los llevó a luchar durante varios días en el Nilo con la apariencia de hipopótamos. Durante la contienda, Seth le arrancó un ojo a Horus y éste cortó el pene de su tío. Reconciliados merced a la intervención de Tot, el dios de la sabiduría, ambos representaron en adelante la unidad de todo Egipto.

El relato no revela la consideración que la sociedad egipcia tenía de las relaciones homosexuales, ni se aclara si la deshonra viene del hecho de permitir ser violado ejerciendo el papel pasivo, o por practicar sexo homosexual en sí, pero al menos registra que los egipcios conocían el concepto de sexo entre hombres.

## Lejano Oriente

En China se tiene conocimiento de este tipo de prácticas sexuales desde la Antigüedad. Pan Guangdan<sup>8</sup> muestra en su recopilación de

---

<sup>8</sup> GUANGDAN, P. (1946). "Zhongguowenxianzhongtongxinglianjuli (Ejemplos de homosexualidad en los documentos chinos)". En *Xing xilixue (Psicología del sexo)*, Pekín.

citas sobre homosexualidad en los textos antiguos que casi todos los emperadores de la dinastía Han tuvieron uno o varios amantes masculinos. Hay también menciones de lesbianas en los registros históricos.

La atracción por el mismo sexo en China se consideró normal y no era perseguida. El amor homosexual fue frecuentemente representado en el arte chino y muchos ejemplos sobrevivieron a la revolución cultural. Aunque no quedan grandes estatuas, hay muchos dibujos en manuscritos, en rollos y pinturas sobre seda que pueden verse en colecciones privadas.<sup>9</sup>

En la India se encuentran registros históricos en el *Rigveda*, cuyo texto data de mediados del segundo milenio a. C., al igual que en relatos tradicionales, en obras médicas y jurídicas, que mencionan la existencia de personas que pertenecerían a un “tercer género”. En este grupo se englobaba tanto a transexuales como a homosexuales y bisexuales, es decir, a todo aquel que se consideraba que en su ser tenía mezcladas las naturalezas masculina y femenina. El *Kamasutra*, escrito en el siglo III d. C., describe prácticas homosexuales tanto masculinas como femeninas, en especial las técnicas de la felación entre hombres.<sup>10</sup>

## América

Antes de 1492 existían personas a las que llamaban de “dos espíritus” en muchas culturas indígenas localizadas en lo que luego se denominaría Norteamérica, es decir, personas que desempeñaban roles y costumbres masculinas y femeninas, lo que incluía vestir y realizar tareas que no se correspondían con el sexo con el que habían nacido. Existen registros de transexuales tanto masculinos como femeninos en más de 130 tribus.<sup>11</sup> También hay registros de relaciones homosexuales entre hombres, algunas veces durante toda la vida, y relaciones pederastas masculinas.

<sup>9</sup> *World history of male love*. Consultado en Internet el 17 de marzo de 2022.

<sup>10</sup> <https://www.amazon.com/-/es/Vatsiaiana-ebook/dp/B0019HQ64U>. Consultado el 17 de marzo de 2022.

<sup>11</sup> *Yearbook of Intermediate Sexual Types*. En <https://www.britannica.com/topic/Yearbook-of-Intermediate-Sexual-Types>. Consultado el 17 de marzo de 2022.

Los aztecas sancionaban con penas graves las relaciones sexuales entre hombres o entre mujeres. Conforme sus leyes la pena era capital, correspondiendo el empalamiento para el varón que penetraba, la extracción de las entrañas por el orificio anal para el varón que era penetrado y la muerte a garrotazos para las mujeres que mantenían relaciones sexuales entre sí.

Los mayas en cambio fueron relativamente más tolerantes con las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo o género, aunque llegaban a condenarlas a la muerte en un horno en determinados casos; sin embargo, se sabe de fiestas sexuales que incluían el sexo entre hombres o entre mujeres<sup>12</sup>. La sociedad maya consideraba que las relaciones sexuales con personas del mismo género eran preferibles al sexo prematrimonial, por lo que los nobles buscaban a esos fines esclavos sexuales para sus hijos.

Los toltecas, por su parte, no tenían restricciones para las relaciones sexuales. Se dice que incluso sorprendían a los mayas sus exhibiciones de erotismo.

Entre los incas había diferencias respecto a la consideración y la aceptación de la homosexualidad según las zonas del imperio. Donde se la aceptaba solía estar asociada a conceptos de carácter religioso y sagrado, había ritos dirigidos por sacerdotes travestidos que incluían prácticas de este género. Existen numerosas cerámicas de la época que representan sexo homosexual explícito de la cultura chimú, que era un imperio preincaico desarrollado sobre las costas del actual Perú.

## Grecia

La sociedad griega acostumbraba a separar muy jóvenes a los efebos de la casa paterna, llevándolos a campamentos en los que se instruían en el arte del desarrollo del cuerpo y las habilidades guerreras. Este ambiente

---

<sup>12</sup> *California bans same-sex marriage*. En [https://ballotpedia.org/California\\_Proposition\\_8\\_Same-Sex\\_Marriage\\_Ban\\_Initiative\\_\(2008\)](https://ballotpedia.org/California_Proposition_8_Same-Sex_Marriage_Ban_Initiative_(2008)), Consultado el 17 de marzo de 2022.

fue seguramente campo propicio para estimular las relaciones sexuales entre ellos, lo que no era extraño, ya que al despuntar la pubertad, cuando los instintos comienzan a despertar, se hallaban rodeados de personas de su mismo sexo.

Pero eso no era motivo de vergüenza, ya que la sociedad lo aceptaba. Era inclusive común que, al llegar el mancebo a los dieciséis años, pasase dos meses a solas en el campo con un hombre que le servía de instructor en la caza, la pesca y las actividades marciales durante el día, a la par que hacía uso de su cuerpo por la noche. Cuando el período de aprendizaje terminaba, el muchacho regresaba a la ciudad convertido en un guerrero, portando un juego de armas que su preceptor y amante le obsesquiaba. A la espera de que los años lo colocasen a su vez en posición de hacer lo mismo, pero en la situación inversa, con algún otro jovencito.

La pederastia era una costumbre principalmente propia de la clase aristocrática por medio de la cual la nobleza transmitía sus valores, ya que algunos estudios han revelado que los antiguos griegos creían que el semen era una fuente de conocimiento y que con esta clase de relaciones se pasaba la sabiduría de una generación a otra. Ahora bien, la conducta homosexual, si bien era aceptada en estas circunstancias, no era frecuente entre hombres adultos, aunque se dice que Alejandro Magno fue una excepción.

Las campañas militares, frecuentes porque los griegos vivían peleando –piénsese en los diez años que duró el sitio de Troya–, eran otro aliciente que fomentaba la unión homosexual masculina. El soldado se sentía más cómodo satisfaciendo sus instintos sexuales con el amigo, con el camarada de armas, que buscando prostitutas. Éstas podían transmitir enfermedades y no eran de fiar, sobre todo si pertenecían a algún poblado enemigo o extranjero. Aquellos, en cambio, eran no solamente compañeros de placer, sino hermanos en el combate. Iban a resguardarse mutuamente porque, ¿quién mejor para confiarle la defensa de la propia vida que a la persona que en la noche tendía sus cálidos brazos y ofrecía el cobijo de su cuerpo?

Por eso no era de ninguna manera deshonroso, tampoco nada que me-

reciese ser ocultado, el trato carnal de un hombre con otros hombres. Piénsese en Aquiles y Patroclo, Ulises y Diómedes, Hércules y Yolao. ¿Alguno podría haber dudado de la valentía u hombría de ellos?

Narra Plutarco<sup>13</sup> que en Tebas, y por instrucciones de Pelópidas, un tal Górquidas formó con trescientos hombres escogidos la denominada “cohorte sagrada”, que tenía como particularidad estar formada por “amantes y amados”, que formaban en el combate el uno junto al otro, “porque en los riesgos... cuando la unión establecida por las relaciones de amor, es indisoluble e indivisible, pues temiendo la afrenta los amantes por los amados, y éstos por aquellos, así perseveran en los peligros los unos por los otros...”. Y así precisamente debe haber sido, porque este cuerpo militar fue temible e invencible, habiendo solo podido ser doblegado por Alejandro, quien, recorriendo el campo sembrado de cadáveres de amantes y amados luego de la batalla, dijo como elogio fúnebre que nadie podría dudar de la masculinidad y valentía de esos contendientes.

Ni siquiera las deidades estaban exentas de esas pasiones. El mismísimo Zeus, dios de todos los dioses, la sintió por el príncipe Ganimedes, a quien raptó para que fuese su copero. Y seguramente algo más.

Hasta en la mujer, mucho más relegada socialmente en Grecia que en Roma, fue conocido y aceptado ese tipo de unión. Las amazonas practicaban el amor entre ellas, no en vano este tipo de cariño tomó su nombre de la isla de Lesbos, donde vivían. De allí viene el nombre de lesbianas, con el que se conoce a las mujeres que practican entre sí el amor lésbico, propio del reino de las amazonas.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> PLUTARCO (1944). *Vidas Paralelas*. Buenos Aires: Joaquín Gil Editor. Se trata del capítulo destinado a Pelópidas, tomo I, p. 378 y ss.

<sup>14</sup> He seguido aquí lo expuesto en mi trabajo “Regulación jurídica de las conductas sexuales extramatrimoniales en el derecho romano”, publicado en el libro que compendia los trabajos presentados en el XVII Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano, editado por PubliFadecs, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Comahue, General Roca, octubre de 2005. Puede consultarse también en el sitio web: [www.iuscommuneomnium.com.ar](http://www.iuscommuneomnium.com.ar). Ha aparecido igualmente en el N° 5 de *Iustel*. *Revista General de Derecho Romano* ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)). Fue citado como bibliografía por Antonio Fernández de Buján en “Reflexiones acerca del matrimonio romano”, publicado en el N° 6 de la misma revista *Iustel*. (2001: 231-241).

## IV. La homosexualidad en Roma

En Roma, sin embargo, relaciones de este género tuvieron otro tipo de tratamiento social, diferente del que recibieron en Grecia. Eran conocidas, eran aceptadas, hasta se presuponía que normalmente se daban sobre todo en la adolescencia, pero constituían algo que se mantenía en privado. No se hacía ostentación pública de las mismas, aunque tampoco se las ocultaba especialmente, y no constituía insulto sacarlas a la luz.

Recuérdese a César, que arrastró siempre consigo el mote de “reina de Bitinia” por los amores que mantuvo en su juventud con Nicómedes, monarca de esa nación. Su bisexualidad era tan notoria que, refiere Tácito<sup>15</sup>, un tal Cota Mesalino solía decir que “no sabía si Cayo César era hombre o mujer”.

El emperador Adriano tuvo verdadera pasión por su favorito Antinoo; Calígula solía recorrer de noche los prostíbulos, ataviado de mujer; consultando al poeta Lucrecio<sup>16</sup> se puede leer que resulta mejor para el sublime placer del sexo un muchacho que una jovencita; Virgilio<sup>17</sup> cuenta que los amantes Eurialo y Niso hallaron en el recíproco amor la fuerza para morir como héroes; se dice que el emperador Heliogábalo exhibía abiertamente su costado femenino y hasta llegó a ofrecer fortunas al médico que pudiera transformarlo en mujer... La lista sería larguísima, y no vale la pena continuar.

Si bien no practicado de modo público y desembozado como en Grecia, el amor entre personas del mismo sexo no constituyó en Roma delito, ni acto penalmente reprobable, en la medida que fuera decisión libre y consentida de ambos amantes y se mantuviese discretamente en la sombra. La “*pudicitia*” romana no lo aceptaba ni lo alentaba, pero igualmente se practicaba, sin mayores impedimentos y sin condena social.

---

<sup>15</sup> CAYO CORNELIO TÁCITO (1944). *Los Anales*. Libro VI. Buenos Aires: Editorial Albatros.

<sup>16</sup> En *De rerum natura*.

<sup>17</sup> VIRGILIO (1975). *Eneida*. 1.117. Barcelona: Bruguera.

Las cosas empiezan a cambiar a raíz de la práctica, permitida por las leyes, de que el padre cediese a su hijo en “*mancipium*”, institución que crea una verdadera paradoja ya que el entregado, normalmente un joven, es técnicamente libre y ciudadano, pero quien lo recibe lo tiene como esclavo a todos los efectos. Todos, y cuando digo esto me refiero también al comercio carnal, consentido o no.

Respecto al “*mancipium*” nos refiere Gayo:<sup>18</sup> “Todas las personas libres, sean del sexo masculino o femenino que estén sometidas a la *potestas* de un ascendiente, pueden ser mancipadas por éste, del mismo modo que se pueden mancipar los esclavos”. Claro está, esto se refiere tanto a varones como a muchachas, pero de momento y en este punto, interesan particularmente aquellos en relación a su tratamiento legal.

Porque por ello se hizo menester dictar la ley *Scatinia o Scantinia*, de fecha incierta pero seguramente anterior a Cicerón, porque éste la cita. Dataría del año 149 a. C., aunque según otras versiones la hizo rogar un tal P. Scantinus, en el año 126 a. C. La norma castigaba con una multa de diez mil sextercios la pederastia cometida en la persona de un varón ingenuo, o sea, nacido libre.

A finales de la República comienza a cambiar la manera en que el cuerpo social percibe y juzga el fenómeno de la homosexualidad masculina, la que comenzó a ser vista como una mala costumbre que atentaba contra los antiguos valores, al tornar a los jóvenes hipersensibles y afeminados. Algunos escritores, Juvenal por caso, comienzan a hacer público el temor que si parejas de ese tipo seguían proliferando, no sería raro que alguna vez llegaran a solicitar que se les permitiese la unión matrimonial, lo que atacaría los cimientos mismos de la sociedad tal como hasta entonces se la conocía.

No puede extrañar, pues, que Augusto, férreo defensor de las antiguas costumbres, incorporase a la relación sexual entre hombres como un caso de estupro, previsto y penado por la ley *Iulia de Adulteriis Coercendis*. Me remito aquí a un fragmento de Modestino,<sup>19</sup> que dice: “Se comete adulterio en mujer casada, y se comete estupro en viuda, en doncella, o en un joven”.

---

<sup>18</sup> GAYO (1997). *Institutas*. Traducción por Alfredo Di Pietro. 5ª edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot

<sup>19</sup> D. 48. 5. 34. 1.

Sin embargo, lo que expuse quizás induzca a error porque Augusto era, en efecto, firme defensor de la integridad familiar y de las severas costumbres de la vida republicana. En público, pero en privado, se dice que no le disgustaban demasiado los hombres, tanto es así que desde su más temprana juventud fue blanco de las maledicencias, que le imputaban ser afeminado y cometer actos deshonorosos.

Lucio Antonio, hermano de Marco Antonio, sostenía que había comprado la calidad de heredero de César dejándose desflorar por él y que tampoco había tenido pudor en entregarse, perdida ya la inocencia, a un tal Aulo Hircio, por trescientos mil sextercios.<sup>20</sup> En fin, en el mismo capítulo puede leerse que Augusto, ya emperador, gustaba de aplicarse calor en el vello para que se volviese más suave. César directamente se depilaba. Tendencias familiares, sin duda.

Según Modestino,<sup>21</sup> “se determinó ciertamente en constituciones que no se hicieran espadones (castración del miembro viril) y que los que fuesen acusados de este delito estuviesen sujetos a la pena de la ley Cornelia” (se refiere a la ley *Cornelia de Sicariis et Beneficiis*). Quienes se castraban perdían todos sus bienes en beneficio del fisco, y si eran esclavos se los condenaba a muerte. Igual penalidad, la muerte, se aplicaba al médico que hiciera la operación y al que espontáneamente se prestó a ser castrado, así como al que hizo castrar por la fuerza a otro, “porque nadie debe castrar a un hombre libre o a un esclavo, contra la voluntad de éste”. Quien entregó a un esclavo, sabiendo que iban a castrarlo, era multado con la pérdida de la mitad de sus bienes.<sup>22</sup>

Iguales penas caben a quienes, sin castrar, vuelven impotentes a los hombres.<sup>23</sup> El celo puesto en cuidar la integridad de los atributos de virilidad masculina debió ser muy grande, porque según Modestino:<sup>24</sup> “Por rescripto del Divino Pío se les permite circuncidar solamente a sus hijos, al que hubiera hecho esto con los que no son de la misma religión se le impone la misma pena que al que castra”.

<sup>20</sup> Véase a SUETONIO. *Vidas de los Doce Césares*. Libro II. “El Divino Augusto”. Capítulo 68.

<sup>21</sup> D. 48. 8. 4. 2.

<sup>22</sup> VENULEYO SATURNINO, en D. 48. 8. 6.

<sup>23</sup> PAULO, en D. 48. 8. 5.

<sup>24</sup> D. 48. 8. 11. Pr.

Alejandro Severo ordenó que los hombres que se prostituían pagasen una tasa con destino a la remodelación de monumentos, cosa que hasta ese momento solamente era aplicable a las mujeres. Sin embargo, y hasta poco antes, el emperador Antonino Heliogábalo hallaba gran placer en vestirse de mujer, usar joyas, afeites y ricas vestimentas, y hacerse tratar por los hombres como tal, aun en el propio palacio imperial.<sup>25</sup>

En el año 342 los emperadores Constancio y Constante dictan una ley, que aparece en el Código Teodosiano datado 27 de febrero de 380, en la cual y por primera vez se dispone pena de muerte para el homosexual pasivo. La *Collatio Legum Mosaicarum et Romanorum*<sup>26</sup> menciona esa constitución, que puede encontrarse en C. Th. 9.7.6: “...No toleramos que la ciudad de Roma, madre de todas las virtudes, sea manchada por la contaminación de un afeminado pudor en el varón...”. Continúa en 5. 3. 2: “Por lo tanto, a todos aquellos que tengan la vergonzosa práctica de condenar su cuerpo varonil, colocado al modo de las mujeres, a la tolerancia del sexo de otro, y no tener nada distinto de las féminas... los entregará al castigo de las llamas, en presencia del pueblo...”.

Las *Instituciones* de Justiniano extienden la sanción a todos los que incurriesen en pederastia, tanto activa como pasivamente, norma que, enarbolada luego por la Iglesia, extenderá su vigencia durante los tiempos de la Edad Media.

La concordancia está en Paulo:<sup>27</sup> “El que estuprarse contra su voluntad a un varón libre, es castigado con la pena capital”. La cita continúa:<sup>28</sup> “El que por su voluntad sufre estupro y un acto torpe e impuro, es sancionado con la privación de la mitad de sus bienes, y no le es lícito hacer testamento por una parte mayor”.

Un caso curioso: ¿y si alguno resulta hermafrodita, vale decir que tiene visibles los dos sexos? En ese supuesto, habrá de estarse “al sexo que en él prevalece”.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> AELIO LAMPRIDIO (1969). *Antonino Heliogábalo*. Biógrafos y Panegiristas Latinos. Madrid: Aguilar.

<sup>26</sup> *Collatio*, 5. 3. 1.

<sup>27</sup> *Collatio*, 5. 2. 1.

<sup>28</sup> *Collatio*, 5. 2. 2.

<sup>29</sup> ULPIANO, en D. 1. 5. 10.

He expuesto hasta aquí lo atinente a prácticas sexuales entre hombres. Como dijera más arriba, no he hallado reglas o normas específicas sobre homosexualidad femenina en Roma. Lo que no implica que éstas hayan carecido de castigo si se hacían públicamente. Esas conductas siempre debieron caer dentro del ámbito del delito de injuria, tanto para los esposos cuanto para los familiares de las amantes que hayan visto perjudicado su buen nombre, o el de sus familias, por el comportamiento escandaloso de sus mujeres.

## V. La homosexualidad en la Biblia

Vayamos al Antiguo Testamento.<sup>30</sup> Si bien no se lo identifica exactamente en el texto, es aceptado que el motivo de la destrucción de Sodoma y Gomorra fueron las prácticas homosexuales.<sup>31</sup> Por su parte, el relato de la amistad entre David y Jonatán<sup>32</sup> que las corrientes religiosas mayoritarias interpretan como una relación platónica también podría haber tenido un aspecto sexual.

Cabría igualmente citar dos versículos del *Levítico*, ubicados respectivamente en los capítulos 18 y 20: “No te acostarás con un hombre como si te acostaras con una mujer”<sup>33</sup> y “Si alguien se acuesta con un hombre como si se acostara con una mujer, se condenará a muerte a los dos, y serán responsables de su propia muerte, pues cometieron un acto infame”<sup>34</sup>. Tradicionalmente los dos versículos han sido interpretados como una prohibición total de las prácticas homosexuales.

Por su parte, en el Nuevo Testamento podemos citar varias epístolas de Saulo de Tarso, conocido como san Pablo. En la “Epístola a los romanos”<sup>35</sup> afirma:

---

<sup>30</sup> Tanto para éste cuanto para el Nuevo, utilizo el texto de la XXV edición de la *Santa Biblia* de Ediciones Paulinas Verbo Divino para Latinoamérica.

<sup>31</sup> *Génesis*, 19.

<sup>32</sup> *Libro de Samuel*, 18. 1, 2.

<sup>33</sup> *Levítico*, 18. 22.

<sup>34</sup> *Levítico*, 20. 13.

<sup>35</sup> *Romanos*, 1. 26, 27.

Por eso, Dios los ha abandonado a pasiones vergonzosas. Incluso sus mujeres han cambiado las relaciones naturales por las que van contra naturaleza; y, de la misma manera, los hombres han dejado sus relaciones naturales con la mujer y arden en malos deseos los unos por los otros. Hombres con hombres cometen actos vergonzosos y sufren en su propio cuerpo el castigo de su perversión.

En tanto, en la “Primera epístola a los Corintios”<sup>36</sup> dice:

¿No sabéis que los injustos no heredarán el reino de Dios? No erréis; ni los fornicarios, ni los idólatras, ni los adúlteros, ni hombres que tienen para propósitos contranaturales, ni hombres que acuestan con hombres, ni los ladrones, ni los avaros, ni los borrachos, ni los maldicientes, ni los estafadores, heredarán el reino de Dios.

Finalmente, en “Epístola de Judas”<sup>37</sup> señala:

Y lo mismo Sodoma y Gomorra y las ciudades vecinas, que como ellos fornicaron y se fueron tras una carne diferente, padeciendo la pena de un fuego eterno, sirven de ejemplo. Igualmente éstos, a pesar de todo, alucinados en sus delirios, manchan la carne, desprecian al Señorío e injurian a las Glorias.

## VI. La homosexualidad en los pueblos musulmanes

En la Antigüedad, los pueblos musulmanes fueron mucho más tolerantes con la homosexualidad que en la actualidad, ya que aunque la misma siempre fue condenada por el Islam nunca hubo mayores problemas si se la practicaba en privado. Inclusive la pederastia fue creciendo en adeptos, en la medida que crecía también la reclusión de las mujeres.

---

<sup>36</sup> *Corintios* 6. 9, 10,

<sup>37</sup> *Judas*, 1. 7, 8.

Actualmente, una abrumadora mayoría de los países musulmanes condena por inmoral la homosexualidad y la castiga con penas muy severas que van desde las simples multas a la prisión, latigazos y la muerte. Esta última se aplica de conformidad con los preceptos de la *sharia*, sobre todo a la parte pasiva de la relación homosexual y suele ejecutarse por lapidación. Los latigazos comúnmente se reservan para la parte activa y para las lesbianas.

## VII. La Edad Media

Con la caída del Imperio romano de Occidente su legislación dejó de aplicarse, por lo que la homosexualidad se practicó libremente y con bastante tolerancia durante la Alta Edad Media en la mayor parte de Europa, aunque fuera considerada un pecado. Fue una excepción la España visigoda, donde regía la *Lex Romana Visigothorum* que penaba la homosexualidad con la castración y el destierro. Por su parte, en el aún subsistente Imperio romano de Oriente rigió la pena de muerte para las relaciones homosexuales.

Pero a medida que creció la influencia de la Iglesia la intolerancia con la homosexualidad fue creciendo, sobre todo a partir del siglo XII. Así, se empezó a considerar que, como sucediera con Sodoma y Gomorra, esa práctica podía atraer la ira divina. Así el *Código de las Siete Partidas*, además de condenar a muerte quienes realizasen prácticas homosexuales decía:<sup>38</sup>

*Et de aquella villa Sodoma en que Dios mostró aquella maravilla, tomó nombre este pecado, á que dicen sodomítico: et débese guardar todo home deste yerro, porque nascen dél muchos males, et denuesta e enfama á sí mismo et al que lo face con él; ca por tales yerros como este envia nuestro señor Dios sobre la tierra do lo facen fambre, et pestilencia, et terremotos et otros males muchos que non los podrie home contar.*

---

<sup>38</sup> Partida VII, Título XXI, “De los que facen pecado de luxuria contra natura”

En 1184 se creó la Inquisición, cuya finalidad era combatir la herejía y también la brujería y las prácticas homosexuales. Desde entonces los homosexuales fueron perseguidos, torturados y condenados a muerte durante el resto de la Edad Media, y posteriormente, en todo el Occidente cristiano.

## VIII. Edades Moderna y Contemporánea

La persecución prosiguió durante la Edad Moderna en Europa, donde naciones como Inglaterra y los Países Bajos castigaban a los homosexuales con la pena de muerte. Además, la psicología europea de la época introdujo la creencia de que la homosexualidad era un desorden mental, como refiero más adelante. Esto hizo que sociedades tradicionalmente tolerantes, como la India y China, cambiaran negativamente su actitud. En este último país, además, fue decisiva la doctrina comunista que consideraba a ese tipo de prácticas como un delito, cosa que duró hasta 2001 cuando se las retiró del Código Penal y de la lista de enfermedades mentales.

Fuera del ámbito de la Iglesia católica, los países protestantes crearon sus propias instituciones inquisitoriales con las correlativas legislaciones represivas. Así sucedió en Inglaterra durante el reinado de Enrique VIII, o en España y el Sacro Imperio romano germánico bajo Carlos V.

Durante los siglos XVII y XVIII se detectaron los primeros focos de cultura homosexual modernos en las grandes ciudades, como Londres, París y Ámsterdam, donde estas relaciones se establecían principalmente entre hombres adultos. La aparición de estas culturas provocó una reacción violenta de los Estados, que intentaron controlarlas a través del terror ejecutando a algunos homosexuales como escarmiento. Pese a ello comenzó entonces a abandonarse la idea de considerar a la sodomía como un vicio causado por la lujuria, y correlativamente empezó a surgir el convencimiento de que se trataba del gusto particular de una minoría de personas.

La Revolución francesa abolió en 1791, basándose en los principios filosóficos de la Ilustración, todos aquellos delitos que se definieron

como imaginarios, como la brujería, la herejía y la sodomía. El *Código* de Napoleón conservó esa despenalización al considerar solamente delitos las conductas que perjudicaran a un tercero, cosa que tuvo enorme influencia en todos los países que inspiraron en él sus ordenamientos legales.

A partir de la década de 1890, con la aparición del psicoanálisis, las sociedades occidentales cambiaron su percepción de la homosexualidad, que dejó de ser vista como un vicio o acto delictivo para pasar a ser considerada una enfermedad mental. Sin embargo, se podría decir en general que a partir del siglo XX va cesando paulatinamente la persecución de los homosexuales, lo que eventualmente va a llevar a superar la idea que ese tipo de prácticas entrañaban un desorden psíquico.

No obstante ello, el advenimiento del nazismo en Alemania, del fascismo en Italia y del franquismo en España implicaron una vuelta atrás, con muchos homosexuales encarcelados o enviados a campos de concentración. Igualmente sucedió en la Unión Soviética y otros países comunistas, donde se consideraba que la homosexualidad era una tara ligada a la decadencia moral y física de la corrupta burguesía.

Entre el final de la Segunda Guerra Mundial en 1945 y la década de 1960 irrumpe un movimiento que enfatizaba el amor y pretendía alejar al homosexual de la imagen negativa y estereotipada de promiscuidad que por entonces lo teñía. Eso da lugar a la formación de sociedades homófilas en diversos países de Europa y América como Holanda, Dinamarca, Estados Unidos y el Reino Unido.

A partir de 1969 esta campaña se profundiza, pese al retroceso momentáneo que supuso la aparición del sida, del cual en un principio se culpó a los homosexuales e hizo que se estigmatizara a los contagiados con la enfermedad. No obstante ello, el 17 de mayo de 1990 la Organización Mundial de la Salud retiró la homosexualidad de la calificación internacional de enfermedad o problema de salud. Siguiendo esta concepción, en Reino Unido, la Federación Rusa y la República Popular China se quitó a la homosexualidad de la lista de enfermedades.

Una vez que en Europa y casi toda América se consiguió su despenalización, aunque no sin dificultades ya que en países como Estados Unidos tuvo que ser el Tribunal Supremo el que derogó en 2003 las leyes

de sodomía que persistían todavía, la meta siguiente ha sido conseguir el reconocimiento de las uniones civiles e incluso el matrimonio entre personas del mismo sexo, con la correlativa equiparación de homosexuales y heterosexuales en materias como las herencias o coberturas sociales.

Este objetivo se alcanzó en Argentina con la Ley 26.618 de matrimonio igualitario, la cual estableció, con fecha 22 de julio de 2010, que el matrimonio tendría los mismos requisitos y efectos con independencia que los contrayentes sean del mismo o distinto sexo.

En el mismo sendero se sancionó el año 2012 la Ley 26.743 de identidad de género, a la que la norma definió como “la vivencia interna e individual del género que corresponde, el que puede coincidir o no con el asignado al nacer”. En virtud de ella se estableció que todos los mayores de dieciocho años podían pedir la rectificación de su sexo y nombre, garantizándoseles en adelante un trato digno e igual al que recibían las demás personas. También podían hacerlo los menores a partir de los trece años con autorización de sus representantes legales, disponiéndose que en caso de negativa de ellos, el asunto debía ser resuelto por los jueces por vía sumarísima, teniendo siempre presente la conveniencia del menor.

El Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por Ley 26.994 y vigente desde el 1° de agosto de 2015, ratifica estas normas anteriores, tanto es así que entre las causales de cambio de nombre que recepta el artículo 69 se comprenden las generadas por la identidad de género autopercebida. Como se advierte, nuestro país ha ido aún más allá de simplemente aceptar la homosexualidad, inclusive permite el cambio de género tanto jurídicamente cuanto físicamente, en este último caso con la posibilidad de realizar las intervenciones quirúrgicas que fuesen necesarias. Y también el matrimonio entre personas del mismo sexo.

## IX. Conclusiones

El análisis que hice de antecedentes sobre la cuestión de la homosexualidad ha tenido sus motivos. Porque de allí surge que era una práctica corriente y con ciertas prevenciones aceptada en Roma, lo que

la convertiría en un principio de derecho civil,<sup>39</sup> al igual que en el resto de los pueblos tanto de la Antigüedad como actuales, lo que haría que también fuese un principio del derecho de gentes.<sup>40</sup> Pero fundamentalmente creo haber dejado en claro que también existe entre los animales, lo que la transformaría en una práctica del derecho natural, si hemos de seguir a Ulpiano<sup>41</sup> que define a este como el que “la naturaleza enseñó a todos los animales”.

Ahora bien, que sea una actitud reconocida por estos tres derechos no implica necesariamente que sea un principio consagrado por ellos. No es lo mismo reconocer que configurar un principio general, siempre, según afirmé al principio de este trabajo, moviéndonos dentro de la órbita de lo jurídico, no desde la vertiente de lo moral. Para que esto sucediera, para que la libre elección de este tipo de uniones fuese un principio general del derecho, debería ser aceptada por toda la humanidad, tal como sucede en los ejemplos que suministra Cicerón<sup>42</sup> para diferenciar lo justo natural de lo justo civil. Transcribamos uno de ellos: “Luego de una batalla huyen dos soldados del bando que ha resultado perdedor. Uno, herido mortalmente, lo hace montado en un brioso caballo; el otro, indemne, escapa a pie seguidos ambos por las tropas victoriosas que desean darles muerte”. El orador concluye con que de acuerdo al derecho civil será justo que el guerrero que escapa a pie respete el derecho de propiedad del que huye a caballo, aunque así irremediabilmente perecerán los dos. De acuerdo al derecho natural, en cambio, lo justo será que el que está sano le arrebate la cabalgadura al moribundo porque éste ya estaba condenado a muerte por sus heridas y el otro tendrá al menos una posibilidad de sobrevivir.

Aquí el derecho natural está receptando el instinto de conservación, de supervivencia, que todos los animales tienen sin perjuicio de las excepciones puntuales que pudieran existir. Se advierte que el caso es muy diferente al de las prácticas homosexuales, las cuales, si bien presentes en seres humanos y animales, distan mucho de ser una práctica de “todos” ellos o de, por más que el sistema jurídico las considere lícitas, ser

---

<sup>39</sup> D. 1. 1. 9.

<sup>40</sup> D. 1. 1. 1. 4.

<sup>41</sup> D. 1. 1. 1. 3.

<sup>42</sup> *Rep*, 3. 19.

algo aceptado por “toda” la comunidad. Y me refiero a cualquier comunidad, tanto a aquellas cuya legislación admite esas actitudes como a las que no.

La clave está en las palabras “toda” y “todos”. Volviendo al género humano será difícil que alguien condene a quien busca conservar la propia vida como en el ejemplo de Cicerón, al igual que también será muy difícil hallar a alguien que no diga ser férreo defensor de la justicia, aunque en verdad no lo sea. La facultad de velar por la propia conservación y la de practicar la justicia son entonces principios generales del derecho.

La actividad sexual y la posibilidad de practicarla entre personas de distinto sexo también lo es, de lo contrario la raza humana se extinguiría en una generación. Sin embargo, la pregunta a formular sería: ¿es un principio general del derecho el poder mantener ese tipo de relaciones con *cualquier persona*, aunque sea del mismo sexo? Si esto fuera algo universal, obviamente sería siempre considerado lícito y protegido por las leyes, con lo que vuelvo a la pregunta que me acabo de plantear, siempre desde el punto de vista jurídico y sin entrar a valorar las conductas privadas de los hombres que no ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero las que, como dice el artículo 19 de nuestra Constitución, “están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Dejo esta pregunta abierta porque no se me escapa que el tema es controversial y entiendo que merece un extenso debate. Un debate que debe partir de la opinión que cada uno tenga acerca de las relaciones íntimas, tanto físicas como sentimentales, entre personas de idéntico sexo y de la aceptación de esas conductas, aunque no las practique. Podría continuar, pero creo que esto es suficiente, por eso voy a concluir este trabajo diciendo lo que personalmente pienso en relación al tema.

Opino que el poder elegir libremente la homosexualidad no es un principio general del derecho porque considero que ese tipo de conductas, si bien presentes tanto en seres humanos cuanto en animales, distan de ser elegidas y muy particularmente de ser aceptadas, por la generalidad de ellos. Son entonces modos de actuar minoritarios, pero a diferencia de otros que también lo son, como el vegetarianismo, por ejemplo, que

no despiertan por lo general ni odio ni rechazo, los homosexuales han sido perseguidos a lo largo de la Historia. Y no solo perseguidos, también denostados, condenados y castigados, a veces con furor extremo.

Por eso, y aunque ahora en algunos países como la Argentina, la homosexualidad sea una práctica lícita, e inclusive se permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, mi conclusión es, lo repito, que su libre práctica dista de ser un principio general del derecho.

¿Y la del lector, cuál es?

# La *Constitutio antoniniana* del 212 d. C. y sus consecuencias jurídicas

---

Por Elvira Méndez Chang<sup>43</sup>

## Sumario

I. Introducción; II. Los motivos del emperador Caracalla; III. La concesión de ciudadanía romana en la *Constitutio Antoniniana*; III. 1. *Sobre la Constitutio Antoniniana*; III. 2. *Los alcances de la concesión de ciudadanía romana*; III. 3. *Excepciones de la concesión de ciudadanía*; III. 3. a) *Dediticii*; III. 3. b) *Libertini dediticii*; III. 3. b) 1. *Dediticii Aeliani*; III. 3. b) 2. *Latini Aeliani*; III. 3. b) 3. *Latini Iuniani*; III. 3. c) *Peregrini nullius civitatis*; III. 3. d) *Quienes perdieron la ciudadanía romana por una sanción*; III. 3. e) *Quienes vivían fuera del territorio romano*; IV. *Consecuencias jurídicas de la Constitutio Antoniniana*; IV. 1. *La unificación de los habitantes del territorio romano*; IV. 2. *La modificación del significado de peregrinus*; IV. 3. *Los que no eran ciudadanos romanos*; V. Reflexiones finales.

---

<sup>43</sup> 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.

## I. Introducción

En el año 212 d. C., el emperador Caracalla realizó una concesión general de ciudadanía romana a través de una Constitución imperial que, aunque tuvo excepciones, ha sido considerada excepcionalmente amplia para el mundo romano y marcó un hito para entender quiénes eran considerados *cives romanus* y los que no lo eran. Además, esta concesión de ciudadanía tuvo sus efectos en los siglos posteriores y fue mencionada en el Digesto del emperador Justiniano I (D. 1. 5. 17) en el siglo VI d. C.

La *Constitutio Antoniniana* cuenta actualmente con un gran reconocimiento y, desde el año 2017, el *Papiro Gissen* 40, I, que la contiene ha sido registrado en la Memoria del Mundo de la Organización de las Naciones Unidas para la Cultura, las Ciencias y la Educación (UNESCO)<sup>44</sup> por ser un documento históricamente significativo respecto a la ciudadanía, los derechos civiles y los derechos humanos.

Si bien esta concesión de ciudadanía ha atraído la atención de los investigadores a través de los siglos con la finalidad de entender su contenido y sus consecuencias, aún quedan muchos temas que analizar y preguntas que responder. Además, a partir del registro realizado por la UNESCO, se puede reflexionar acerca de cómo contribuyó esta Constitución imperial al reconocimiento y protección de los derechos de los habitantes del Imperio romano a los que incorporó como ciudadanos y cuál fue la situación de aquellos que quedaron excluidos de obtener la ciudadanía.

En esta investigación se plantea la siguiente pregunta: ¿cuáles fueron los alcances y las consecuencias jurídicas de la *Constitutio Antoniniana* respecto a los que no eran ciudadanos romanos? Como respuesta se plantea que la concesión de ciudadanía de Caracalla fue general mas

---

<sup>44</sup> UNESCO, *Memory of the World*. Disponible en:  
<https://webarchive.unesco.org/web/20220331165608/>  
<http://www.unesco.org/new/en/communication-and-information/memory-of-the-world/register/full-list-of-registered-heritage/registered-heritage-page-2/constitutio-antoniniana>.

no universal porque hubo varios grupos que no obtuvieron la ciudadanía romana por estar excluidos en esta Constitución imperial, como los *dediticii* y los que sufrieron una *capitis deminutio media*. Entre sus consecuencias jurídicas se destacan la unificación de los habitantes del territorio del Imperio, la modificación del significado de *peregrinus* y quiénes no eran ciudadanos romanos hasta la derogación de las leyes y la concesión de ciudadanía que realizó el emperador Justiniano I.

Para sustentar esta respuesta se presentarán los principales motivos del emperador Caracalla para hacer esta concesión general de ciudadanía romana, se analizarán quiénes obtuvieron la ciudadanía romana y los que fueron excluidos del ámbito de aplicación de la *Constitutio Antoniniana*, lo que permitirá identificar las consecuencias correspondientes. De este modo se busca brindar un aporte a la discusión sobre esta Constitución imperial que tuvo un gran impacto en el Imperio romano y en la historia del mundo.

## II. Los motivos del emperador Caracalla

El emperador Marco Aurelio Antonino (188<sup>45</sup> – 217 d. C.), llamado Caracalla,<sup>46</sup> nació en Lyon (Lugdunum, Galia lugdunense) y tuvo origen multiétnico porque fue el hijo mayor del primer emperador originario del norte del África, Lucio Septimio Severo (145-211 d. C.),

---

<sup>45</sup> Según Ghedini, la fecha de nacimiento del futuro emperador Caracalla es debatida porque podría haber nacido en el año 186 d. C. GHEDINI, F. (2021). *Julia Domna. Mujeres y Poder en la Roma de los Césares*. Traducción por D. Vaquerizo Gil. Córdoba: Almuzara, p. 49.

<sup>46</sup> Cuando nació su nombre era Lucius Septimius Bassianus, que fue modificado por su padre a *Marcus Aurelius Antoninus* cuando era niño con la finalidad de justificar que su familia estaba emparentada con los emperadores Antonino Pío y Marco Aurelio. El sobrenombre Caracalla se relaciona con una capa larga de origen galo según SANTOS YANGUAS, N. (2022). “Caracalla, la constitutio Antoniniana y los cristianos” En *Helmantica: Revista de filología clásica y hebrea*, 73, 207, p. 162 ss. Actualmente, el término se encuentra en la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, voce *caracalla*, en *Diccionario de la Lengua Española*: <https://dle.rae.es/caracalla>.

nacido en Leptis Magna, Libia, y de Julia Domna, natural de Emesa, Siria.<sup>47</sup> Además de ser el resultado de la unión de dos ciudadanos romanos nacidos fuera de Roma, Caracalla experimentó lo que significaba vivir en un imperio muy amplio y diverso, así como multicultural y multiétnico. El joven emperador fue testigo de primera mano de las diferencias entre las provincias romanas y la capital del Imperio, así como entre sus habitantes. No obstante, según Dion Casio (*Lucius Cassius Dio*) en su *Historia Romana*, los actos y decisiones de Caracalla estuvieron marcados por la ambición, el egoísmo, la crueldad, la cobardía, la imprudencia y volubilidad debido a que no heredó ninguna de las virtudes de sus ancestros (*Cass. Dio. 78. 6. 1*).

El contexto en el que Caracalla ascendió al poder fue complejo porque tenía como gran rival a su hermano menor Publio Septimio Geta (189-211 d. C.), quien contaba con un importante respaldo político y con la simpatía de muchos ciudadanos romanos. En la carrera por convertirse en el único gobernante del Imperio romano, Caracalla decidió eliminar a su hermano<sup>48</sup> y la oportunidad para llevar a cabo este fratricidio se presentó cuando su madre Julia Domna los invitó a visitarla con la finalidad de reconciliarlos y evitar una lucha política entre ellos. Según Caracalla, Geta trató de atentar contra su vida cuando se encontraron y, por ello, llamó a los guardias para que lo protegieran, quienes lo asesinaron delante de su madre. Esta última no lo desmintió y, en consecuencia, el hermano menor resultó siendo la víctima de la ambición de poder del hermano mayor (*Cass. Dio. 78. 2. 2-4*). El supuesto atentado contra su vida dio lugar a una violenta represión por parte de

---

<sup>47</sup> "Caracalla, born in Gaul to an African father and Syrian mother, was truly a child of a transnational empire: born to rule, and inadvertently representative of the ethnically diverse territory controlled by Rome." IMRIE, A. (2018). "Africanus Princeps? The Emperor Caracalla and the Question of His African Heritage." En *Journal of Black Studies*, 49, 4, p.377. Véase también GHEDINI, *op.cit.*, p.39ss.

<sup>48</sup> BANCALARI MOLINA, A. (1998). "La *Constitutio Antoniniana*: aproximaciones, significado y características." En *Semanas de Estudios Romanos in memoriam Prof. Héctor Carreras Cajas*, Valpaíso, IX, p. 60.

Caracalla quien, además de eliminar a su hermano, ordenó la muerte de sus seguidores y simpatizantes, así como la de aquellos que no respaldaron el fratricidio cometido, como el destacadísimo jurisconsulto Emilio Papiniano, quien también fue asesinado (*Cass. Dio.* 78. 3. 4). Por ello, Caracalla quedó como el único emperador de Roma desde el año 211 d. C. hasta el año 217 d. C.

Sin embargo, la muerte de Geta no facilitó el gobierno al joven emperador, quien debió tomar varias medidas para congraciarse con los diversos grupos políticos que no le eran afines y, en especial, con los pobladores de las provincias. En esa línea, propuso otorgar una concesión general de ciudadanía romana a los habitantes del Imperio romano. Ésta no fue una idea original porque Caracalla se inspiró en las reformas iniciadas por su padre Septimio Severo con la finalidad de establecer un cosmopolitismo universal romano y equiparar las distintas ciudades del Imperio.<sup>49</sup>

Si bien se pueden discutir cuáles fueron los motivos que llevaron a Caracalla a realizar esta concesión de ciudadanía, a continuación se presentan los principales de carácter político, económico, religioso y militar.

Entre los motivos políticos, el principal fue atraer a las élites locales<sup>50</sup> de las ciudades que estaban bajo el gobierno de Roma. El emperador esperaba que, al convertirse en ciudadanos romanos, estos grupos se mostraran agradecidos y le brindaran un mayor respaldo político. Esto último era muy importante porque debía hacer frente a la hostilidad de muchos romanos que lo rechazaban por haber ordenado la muerte

---

<sup>49</sup> Podría tratarse de una norma gestada durante el reinado de Septimio Severo que Caracalla publicó según GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, R. y FERNÁNDEZ ARDANAZ, S. (2010). "Algunas cuestiones en torno a la promulgación de la *Constitutio Antoniniana*!" En *Gerión*, 28, 1, p. 162 ss. Véase también PURPURA, G. (2013). "Il P. Giss. 40, I". En *Iuris Antiqui Historia, An International Journal on Ancient Law*, 5, p. 81.

<sup>50</sup> MAROTTA, V. (2009). *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.)*. Una sintesi. Torino: Giappichelli, p. 108; LICANDRO, O. (2020). "La *Constitutio Antoniniana* del 212 d. C. e il paradigma urbano. Una diversa lettura di P. Giessen 40. I". En *Annuario Scvola Archeologica di Atene e delle Missioni Italiane in Oriente*, 98, p. 468 ss.; PURPURA, *op. cit.*, p. 81.

de su hermano Geta, así como por perseguir y eliminar con crueldad a sus opositores políticos (*Cass. Dio.* 78. 3. 4). Este agradecimiento se evidenció en el uso del gentilicio del emperador, *Aurelius*,<sup>51</sup> por parte de los habitantes de las provincias del Imperio.

Sobre los motivos económicos, la concesión de ciudadanía también tuvo un objetivo de política fiscal (*Cass. Dio.* 78. 9. 1-4) porque su finalidad fue aumentar la presión tributaria al contar con un mayor número de contribuyentes que eran ciudadanos romanos. El incremento de la recaudación se dio a través de la aplicación de varios impuestos indirectos, algunos de los cuales existían antes de la *Constitutio Antoniniana*, como el que afectaba las ventas con el 1% (*centesima rerum venalium*), el 5% sobre la herencia (*vicesima hereditatum*), el 5% por la manumisión de esclavos (*vicesima manumissionum*), el pago de aranceles (*portoria*) y *aurum coronarium* cuando subía al poder un nuevo emperador.<sup>52</sup>

Los mayores ingresos obtenidos de la recaudación de estos tributos fueron utilizados para financiar las obras públicas como las Termas de Caracalla, lujosos baños públicos construidos en Roma, y el pago de liberalidades al ejército. En este contexto de obtener mayores recursos, Caracalla introdujo una nueva moneda de plata llamada *antoninianus*, cuyo valor nominal era de dos *denarii*, aunque realmente era el equivalente a un denario y medio,<sup>53</sup> lo cual generó la pérdida del valor de la moneda y una mayor inflación.

---

<sup>51</sup> DONATI GIACOMINI, P. y POMA, G. (1996). "Cittadini e non cittadini nel mondo antico, Guida ai testi e ai documenti". En *CLUEB, Collana Studi di Storia Antica*, 14, p. 165.

<sup>52</sup> BLOIS, L. de (2014). "The 'Constitutio Antoniniana' (AD 212): Taxes or Religion?". En *Mnemosyne*, 67, 6, p. 1015 ss.; CHAMIE GANDUR, J. F. (2019). "Recensione a F. Mercogliano, Hostes Novi Cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica". En *Revista de Derecho Privado*, 37, p. 428; LICANDRO, *op. cit.*, p. 468; MAROTTA, *op. cit.*, p. 1015; PURPURA, *op. cit.*, p. 77 ss.

<sup>53</sup> BLOIS, *op. cit.*, p. 1016 ss.; también PLACIDO, D. (2012). "La construcción de la imagen del Imperio desde Grecia: la historia romana de Dion Casio". En *Studia Historica, Historia Antigua*, 29, p. 232; SANTOS YANGUAS, *op. cit.*, p. 169.

En cuanto a los motivos religiosos, Caracalla buscó frenar la difusión del cristianismo entre los habitantes del Imperio con el reforzamiento de los cultos públicos romanos y aquellos paganos locales, así como trató de agradar a los dioses.<sup>54</sup> Además, el emperador organizó una gran ceremonia oficial pública de agradecimiento a las divinidades que lo protegieron del atentado contra su vida que presuntamente había planeado su hermano Geta, ya que consideró que haber sobrevivido era una victoria política y religiosa.<sup>55</sup> Asimismo, en la mayoría de las monedas acuñadas durante su reinado, Caracalla se asoció con lo divino y se proclamó el más pío de todos los hombres (*Cass. Dio.* 78. 16. 1).

Con relación a los motivos militares, la concesión de ciudadanía de Caracalla trató de resolver la crisis existente por la falta de un número suficiente de ciudadanos romanos reclutados para servir en las legiones y proteger las fronteras del territorio imperial. Como resultado, los nuevos ciudadanos romanos se enrolaron como legionarios con más entusiasmo que aquellos que ya lo eran.<sup>56</sup>

La mayor recaudación de los impuestos y la nueva moneda *antoniniana* permitieron un aumento de alrededor del 50% en el pago a los oficiales y soldados del ejército romano, así como otras liberalidades, con la finalidad de garantizar su apoyo político y fidelidad, y mejorar los resultados en las campañas militares que Caracalla emprendió, cuya propaganda se encuentra con frecuencia en las monedas acuñadas durante su reinado.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> "Caracalla wanted all free inhabitants of the empire to speak to the gods with one mouth, an idea that was not unknown in those times." BLOIS, *op. cit.*, p. 1016. Véase también GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y FERNÁNDEZ ARDANAZ, *op. cit.*, p. 175 ss.; LICANDRO, *op. cit.*, p. 468; POHL, W. (2014). "Romanness: a multiple identity and its changes." En *Early Medieval Europe*, 22, 4, p. 415. Sobre los efectos negativos para los cristianos véase SANTOS YANGUAS, *op. cit.*, p. 159 ss.

<sup>55</sup> BANCALARI MOLINA, *op. cit.*, p. 60; BLOIS, *op. cit.*, p. 1016.

<sup>56</sup> "The *constitutio Antoniniana* eliminated, *de facto*, with one single sweep whatever legal obstacles ... and practically abolished the need to recur to expedients such as the ad hoc concession of citizenship to *peregrini* every time there was a scarcity of recruits." ROCCO, M. (2010). "The reasons behind *Constitutio Antoniniana* and its effects on the Roman military." En *Acta Classica Universitatis Scientiarum Debreceniensis*, 46, p. 145.

<sup>57</sup> BLOIS, *op. cit.*, p. 1016 ss.

Como se puede apreciar, hubo diversos motivos políticos, económicos, religiosos y militares que llevaron al emperador Caracalla a la promulgación de la *Constitutio Antoniniana*, la que será presentada a continuación.

### III. La concesión de ciudadanía romana de la *Constitutio Antoniniana*

En el 212 d. C., el emperador Caracalla promulgó la *Constitutio Antoniniana de civitate peregrinis danda*, conocida también como Edicto de Caracalla, por la cual se realizó una concesión general de ciudadanía romana a los habitantes libres del Imperio.

#### III. 1. Sobre la *Constitutio Antoniniana*

La *Constitutio Antoniniana* suele ser considerada como un acto extraordinario por el cual el emperador Caracalla concedió la ciudadanía romana de manera amplia y general a los habitantes libres del territorio romano. Al respecto, se encuentran algunos antecedentes en la historia de Roma, como la concesión de ciudadanía otorgada por la *lex Plautia Papiria* (89 a. C.) durante la República, que benefició a los itálicos. Sin embargo, hubo cierta renuencia de otorgar una concesión general de ciudadanía durante el Principado.

En la actualidad, subsisten discusiones sobre la autoría y el contenido de esta Constitución imperial, en la medida que pudo haber sido elaborada durante el reinado del padre de Caracalla, Septimio Severo, y publicada después por su hijo.<sup>58</sup> Además, hay algunas citas en el *Corpus Iuris Civilis* que han contribuido a estos cuestionamientos por mencionar al emperador Antonino Pío. No obstante, se puede consi-

---

<sup>58</sup> GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y FERNÁNDEZ ARDANAZ, *op. cit.*, p. 162 s.; PURPURA, *op. cit.*, p. 73 ss.

derar como su autor al emperador Caracalla.

En el Digesto se señaló lo siguiente: “Los que están en el orbe Romano, se hicieron ciudadanos Romanos por una Constitución del Emperador Antonino” (D. 1. 5. 17).<sup>59</sup> En este fragmento, la mención a *Imperatoris Antonini* no debería generar confusión porque el *cognomen* de Caracalla era también Antonino.

Sin embargo, se encuentra una aparente atribución de esta concesión de ciudadanía al emperador Antonino Pío en las Novelas, ya que así lo menciona una Constitución imperial del emperador Justiniano I dirigida a Juan, Prefecto del Pretorio (539 d. C.): “N. 78. 5: Porque así como Antonino, denominado Pío ... habiéndosele pedido antes por cada uno de los súbditos el derecho de ciudadanía romana, y extendiéndolo de este modo de los que se llaman peregrinos a la ingenuidad romana, se lo dio en general a todos los súbditos...”.<sup>60</sup>

Mencionar a Antonino Pío como autor de la *Constitutio Antoniniana* resulta erróneo y anacrónico por lo siguiente: Tito Elio Adriano Antonino, adoptado por el emperador Adriano, recibió el sobrenombre de *Pius* y gobernó desde el año 138 d. C. hasta el año 161 d. C., es decir, décadas antes que se otorgara esta concesión general de ciudadanía en el año 212 d. C.

Si resulta evidente que Antonino Pío no fue su autor, ¿por qué fue mencionado como *Antoninus Pius cognominatus* en N. 78. 5? Al respecto, debe tenerse presente que el *cognomen* del joven emperador era Antonino y que él se proclamó como el más pío de los hombres según Dion Casio (*Cass. Dio.* 78. 16. 1). De allí que el emperador Justiniano I se haya podido referir a Caracalla en esta Novela.

---

<sup>59</sup> D. 1. 5. 17: “*In orbe Romano qui sunt, ex Constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt!*”

<sup>60</sup> N. 78. 5: “*Sicut enim Antoninus Pius cognominatus ... ius romanae civitatis prius ab unoquoque subiectionum petitus, et taliter exiis, qui vocantur peregrini, ad romanam ingenuitatem deducens, hoc ille omnibus in commune subiectis donavit...*”

En cuanto al texto de la *Constitutio Antoniniana*, fue encontrado escrito en griego en un papiro de la Biblioteca de Giessen (*Papiro Gissen 40, I*) que tiene algunas lagunas y fue publicado en el año 1910.<sup>61</sup> No obstante, se ha podido realizar una reconstrucción del texto que permite interpretar su contenido.

Desde el año 2017, el *Papiro Gissen 40, I* se encuentra registrado en Memory of the World de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Éste es considerado como uno de los documentos más antiguos que son históricamente significativos para la humanidad por referirse al otorgamiento general de ciudadanía romana.<sup>62</sup> Por ello, la *Constitutio Antoniniana* se encuentra registrada junto con la Carta Magna de 1215 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

A partir de lo establecido en la *Constitutio Antoniniana* del emperador Caracalla se analizarán sus alcances y excepciones.

### **III. 2. Los alcances de la concesión de ciudadanía romana**

De conformidad con el *Papiro Gissen 40, I*, la *Constitutio Antoniniana* estableció lo siguiente: “*Do igitur omnibus peregrinis, qui in orbe terrarum sunt, civitatem romanorum, manente omni genere civitatum,*

---

<sup>61</sup> MAROTTA, *op. cit.*, p. 109.

<sup>62</sup> Sobre la *Constitutio Antoniniana*: “Thus for the first time in world history, there was established a unitary citizenship in an area that included millions of people from different cultural background on three continents (Europe, Africa, and Asia). At the same time, people kept their current status: existing civil rights and local legal traditions were explicitly guaranteed, according to Roman legal tradition” UNESCO, Memory of the World. Disponible en: <https://webarchive.unesco.org/web/20220331165608/http://www.unesco.org/new/en/communication-and-information/memory-of-the-world/register/full-list-of-registered-heritage/registered-heritage-page-2/constitutio-antoniniana>.

*exceptis dediticiis*”.<sup>63</sup>

En esta Constitución imperial se otorgó una concesión amplia y general de la ciudadanía romana<sup>64</sup> en el año 212 d. C., dirigida a todos los *peregrini* (*omnibus peregrinis*) que habitaban el territorio romano. De allí que no se aplicó a todos los seres humanos libres que vivían en el mundo romano.

Para entender a quiénes benefició la *Constitutio Antoniniana* se debe definir a los *peregrini*: eran los extranjeros libres que tenían una ciudadanía local (perteneían a una ciudad provincial), vivían y desarrollaban sus actividades de manera permanente en el territorio romano.<sup>65</sup>

Además, éstos no pertenecían a un pueblo que estaba en guerra con el *populus romanus* porque, de lo contrario, serían *hostes*<sup>66</sup> (enemigos de guerra) y éstos últimos no estaban comprendidos dentro de los alcances de esta Constitución imperial.

---

<sup>63</sup> Respecto a la *Constitutio Antoniniana* (*Papiro de Gissen* 40, I, 1-9), Donati Giacomini y Poma presentan una traducción en italiano del texto original en griego: “L'imperatore Cesare Marco Aurelio Severo Antonino Augusto proclama: [...] Pertanto dono la cittadinanza romana a tutti gli stranieri che abitano nel territorio romano, restando salva ogni sorta di organizzazione cittadina, con esclusione dei *dediticii*.” DONATI GIACOMINI y POMA, *op. cit.*, p. 167.

<sup>64</sup> Sobre la ciudadanía romana, véase LOBRANO, G. (2018). “La *constitutio Antoniniana* de civitate peregrinis danda del 212 d.C.: il problema giuridico attuale di ri-comprendere scientificamente la cittadinanza per ri-costruirla istituzionalmente.” En *La cittadinanza tra impero, stati nazionali ed Europa, Studi promossi per il MDCCC anniversario della *constitutio Antoniniana**. A cura di M. Barbulescu, E. Silverio y M. Felici. Roma: Lerma, p. 103 ss.

<sup>65</sup> MÉNDEZ CHANG, E. (2016). “El peregrinus, un concepto romano para un mundo globalizado.” En *Actas del III Congreso de Principios Generales y Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores, p. 90 ss.

<sup>66</sup> En el siglo I a. C., el significado de la palabra *hostis* había pasado a *peregrinus* según *Cic. De off.* 1. 12. 37: “Porque entre nuestros antepasados equivalía la palabra *hostis* a lo que entre nosotros suena la voz *peregrinus*” [“*Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus*”]. Sobre los *hostes*, véase D'ANGELO, V. (2015). “*Hostis ante portas*. El poder, la guerra y la figura del enemigo en las relaciones internacionales.” En *Revista UNISCI*, 38, p. 35 ss.; MÉNDEZ CHANG, E. (2021). “*Hostis*: de extranjero a enemigo en el derecho romano.” En *Actas del VII Congreso de Principios Generales y Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores, p. 33 ss.

La decisión de otorgar ciudadanía romana a los *peregrini* se fundamentó en que éstos estaban fuertemente romanizados y habitaban ciudades organizadas de manera cercana a las formas ideológicas y culturales romanas, lo cual facilitarían su integración a la *civitas romana* y contribuiría a la unidad de los ciudadanos romanos,<sup>67</sup> No obstante, Dion Casio criticó esta concesión de ciudadanía porque tuvo como finalidad favorecer a las aristocracias locales y no se extendió a la totalidad de los habitantes del imperio (*Cass. Dio.* 78. 9. 4).

Por obtener ciudadanía romana, a estos *peregrini* se les aplicó el *ius civile* y contaron con los derechos y las obligaciones propios de los romanos. Al respecto, debieron pagar varios impuestos por ser considerados ciudadanos romanos, como *centesima rerum venalium* (sobre las ventas), *vicesima hereditatum* (sobre la herencia) y *vicesima manumissionum* (sobre la manumisión de esclavos), entre otros. Además, fueron exonerados del pago de algunos tributos dirigidos a los extranjeros provinciales como el *tributum capitis* (llamado *laographia* en Egipto) y un impuesto predial (*tributum soli*).<sup>68</sup>

Si bien esta concesión de ciudadanía romana del año 212 d. C. fue general y amplia, no fue universal porque no estuvo dirigida a todos los habitantes del territorio del Imperio, sino solamente a los *peregrini*,<sup>69</sup> como bien se señala en el propio texto de la *Constitutio Antoniniana: omnibus peregrinis, qui in orbe terrarum sunt* (*Papiro Gissen* 40, I). Como no se extendió a todos los seres humanos libres, muchos quedaron excluidos, además de los *dediticii: los peregrini nullius civitatis* (*απολιδες*), que eran los grupos de agricultores o de tribus que no

---

<sup>67</sup> CHAMIE GANDUR, *op. cit.*, p. 428; LICANDRO, *op. cit.*, p. 488; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y FERNÁNDEZ ARDANAZ, *op. cit.*, p. 166; MAROTTA, *op. cit.*, p. 108; PURPURA, *op. cit.*, p. 84 ss.

<sup>68</sup> PURPURA, *op. cit.*, p. 77 ss.

<sup>69</sup> Citando a D'Ors, Bravo Bosch afirmó: "La concesión de la ciudadanía se hizo en atención a los habitantes del imperio, ya que como Ulpiano indica, Caracala no quiso convertir en ciudadanos a todos los habitantes de la tierra, sino sólo a los denominados *peregrini*." BRAVO BOSCH, M. J. (1999). "La *Constitutio Antoniniana*: Una reflexión subjetiva." En *Dereito*, 8, 1, p. 74. Asimismo, véase BLOIS, *op. cit.*, p. 1019 y LICANDRO, *op. cit.*, p. 490.

pertenecían a una ciudad,<sup>70</sup> o los que perdieron la ciudadanía romana por una pena.

A partir de la lectura del texto de la *Constitutio Antoniniana* en el *Papiro Gissen* 40, I, se constata que la concesión de ciudadanía romana otorgada por el emperador Caracalla fue general porque se aplicó a un grupo de individuos (*peregrini*) que habitaban en el Imperio romano, pero no fue universal, dado que no se extendió a todos los seres humanos libres.

A continuación, se presentarán las excepciones a la aplicación de la *Constitutio Antoniniana*. Con ello, se podrán identificar quiénes estuvieron excluidos de convertirse en ciudadanos romanos.

### III. 3. Excepciones de la concesión de ciudadanía

En su Constitución imperial, el emperador Caracalla estableció una concesión general de ciudadanía romana, aunque señaló expresamente lo siguiente: *exceptis dediticiis* (*Papiro Gissen* 40, I).<sup>71</sup>

Al respecto, cabe preguntarse quiénes eran los *dediticii* (dediticios) y si eran los únicos excluidos de la concesión de ciudadanía otorgada por Caracalla. Sobre lo primero, la determinación de quiénes eran los *dediticii* resulta una tarea compleja porque no alude a un grupo homogéneo de individuos. Además, es necesario identificar quiénes estaban dentro del número de los dediticios (*dediticiorum numero*). Con relación a la segunda cuestión, se han identificado tres excepciones adicionales: los *peregrini nullius civitatis*, quienes perdieron la

---

<sup>70</sup> BRAVO BOSCH, *op. cit.*, p. 74 ss.; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y FERNÁNDEZ ARDANAZ, *op. cit.*, p. 467.

<sup>71</sup> La exclusión de los *dediticii* de los alcances de la *Constitutio Antoniniana* se encuentra en las traducciones e interpretaciones del *Papiro Gissen* 40, I de Meyer en BRAVO BOSCH, *op. cit.*, p. 75 y de DONATI GIACOMINI y POMA, *op. cit.*, p. 167.

ciudadanía romana por una sanción y los que vivieron fuera del territorio romano.

Para conocer quiénes estaban excluidos de los alcances de la *Constitutio Antoniniana*, se analizarán las *Institutas* de Gayo, un importante texto jurídico elaborado en el siglo II a. C., que contiene los conceptos y normas vigentes antes del 212 d. C.

### III. 3. a) *Dediticii*

En primer lugar, abordaremos al *dediticius* (dediticio) que, por lo general, se encuentra mencionado en plural (*dediticii*) en las fuentes romanas. En cuanto a su etimología, proviene de *dedier* (entregarse, rendirse o someterse),<sup>72</sup> por lo que *dediticii* eran los extranjeros que lucharon en una guerra contra el *populus romanus* y, al verse vencidos, se rindieron incondicionalmente o capitularon.

Los romanos consideraban que rendirse o someterse a los enemigos contra los que se luchaba era una conducta contraria a las virtudes militares que debían practicarse en el marco de una guerra. Al respecto, se encuentra lo mencionado por Valerio Máximo, quien elogió la acción del comandante romano Publio Licinio Craso Dives Muciano, que prefirió la muerte a someterse a los enemigos en la guerra contra Aristónico en el año 130 a. C. (*Val. Max.* 3. 2. 12).<sup>73</sup> En la misma línea, está

<sup>72</sup> LEWIS, C. T. y SHORT, C. (1879). Voce *dedo*. En *A Latin Dictionary*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/>

<sup>73</sup> *Val. Max.* 3. 2. 12: "...por no venir a sus manos huyó la afrenta llamando la razón de la muerte, porque endereçò contra el ojo de un barbaro la vara, de que avia usado para gobernar el caballo..." ["...neindicionemeiusperueniret, dedecusarcessitationemortiseffugit: uirgam enim, qua adregendum equum usus fuerat, in unius barbari oculum direxit ..."]. VALERIO MÁXIMO (1631). *Los nueve libros de los Exemplos y virtudes morales de Valerio Maximo*. Sevilla: Francisco de Lira. Disponible en: <https://books.google.com.ar/books?id=gdj18toPwXMC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>.

lo señalado en las *Institutas* de Gayo: “Se llaman extranjeros dediticios (*peregrini dediticii*) aquellos que, con las armas en la mano, lucharon alguna vez contra el pueblo romano y luego, vencidos, se rindieron” (*Gai. 1. 14*).<sup>74</sup>

Para ser *dediticii*, era indispensable que se produjera la *deditio*<sup>75</sup> (entrega o rendición) de los *hostes* (enemigos de guerra) en el marco de un conflicto armado entre pueblos. Por la *deditio*, los *hostes* pasaban a ser llamados *peregrini dediticii*, es decir, extranjeros que se rindieron incondicionalmente ante los romanos para salvar sus vidas que una vez fueron vencidos. Si estos dediticios no eran capturados y convertidos en esclavos, conservaban una libertad jurídicamente disminuida (*pessima libertas*) y no podían adquirir la ciudadanía romana (*Gai. 1. 26*).<sup>76</sup>

Adicionalmente, existieron dos supuestos de la *lex Aelia Sentia de manumissionibus et conditione manumissorum* (4 d. C.) en los que los libertos se convertían en *peregrini dediticii*:

Gai. 1.13: En la ley Elia Sencia se ordena que los esclavos castigados a la cárcel por los dueños, los marcados con estigmas, los que, con motivo de un delito, han sido puestos al tormento y convictos en ese delito, los entregados para luchar con armas o contra las fieras, y los que fueron lanzados al circo o a la prisión, cuando posteriormente aquel mismo dueño y otro los manumite, sean hombres libres de la misma condición que los extranjeros dediticios (*peregrini dediticii*).<sup>77</sup>

<sup>74</sup> *Gai. 1. 14*: “*Vocantur autem peregrini dediticii hi, qui quodam adversus populum Romanum armis susceptis pugnaverunt, deinde victi se dediderunt*”.

<sup>75</sup> BRAVO BOSCH, *op. cit.*, p. 78; LEMOSSE, M. (1967). *Le régime des relations internationales dans le haut-empire romain*. Paris: Sirey, p. 44; PURPURA, *op. cit.*, p. 82.

<sup>76</sup> *Gai. 1. 26*: “Así, pues, la libertad de peor condición es la de los que están en la clase de los dediticios, los cuales por ninguna ley, senadoconsulto o constitución del príncipe tienen acceso a la ciudadanía romana” [“*Pessima itaque libertas eorum est, qui dediticiorum numero sunt; nec ulla lege aut senatus consulto aut constitutione principali aditus illis ad civitatem Romanam datur*”].

<sup>77</sup> *Gai. 1. 13*: “*Lege itaque Aelia Sentia cavetur, ut, qui servi a dominis poenae nomine victi sunt, quibusue stigmata inscripta sunt, deinde quibus ob noxam quaestio tormentis habita sit et in ea noxa fuisse convicti sunt, quive ut ferro aut cum bestiis depugnarent traditi sint, inve ludum custodiamve coniecti fuerint, et postea vel ab eodem domino vel ab alio manumissi, eiusdem condicionis liberi fiant, cuius condicionis sunt peregrini dediticii*”.

Como se puede apreciar, la *lex Aelia Sentia* también se aplicó a los libertos que, cuando eran esclavos, fueron castigados por sus dueños por cometer delitos o fueron entregados noxalmente (*in ea noxa fuisse convicti sunt*). Es decir, aquellos servi que voluntariamente realizaron un acto ilícito y recibieron la sanción correspondiente de su *dominus*. Por haber tenido una conducta que vulneró las normas vigentes, estos libertos no podían pertenecer a la *civitas romana* y se les consideró *peregrini dediticii*.

El otro supuesto en *Gai.* 1.13 se refiere a quienes, habiendo sido libres y *cives romani*, cometieron un crimen y se convirtieron en esclavos por la aplicación de una pena capital; si son manumitidos, no pueden ser ciudadanos romanos. Entre las penas que conllevaban la pérdida de la libertad estaban la de ser enviados al circo o a luchar contra las fieras (*cum bestiis depugnarent traditi sint, in ve ludum custodiamve coniecti fuerint*).<sup>78</sup> Como estos condenados sufrieron una *capitis deminutio máxima* por un castigo (*Gai.* 1. 160),<sup>79</sup> perdieron la libertad y la ciudadanía, y si eran manumitidos, eran *peregrini dediticii*.

### III. 3. b) *Libertini dediticii*

Como *libertini dediticii*, fueron comprendidos los libertos que se encontraban dentro del número de los dediticios (*dediticiorum numero*) según *Gai.* 1. 12: “Además, los libertinos se dividen en tres clases: porque son o ciudadanos romanos, o latinos, o dediticios.”<sup>80</sup> Examinemos cada

<sup>78</sup> VILLALOBOS SÁNCHEZ, J. (2015). *El Principio Humanitas en la derogación de la Lex Fufia Caninia, Antecedentes en la filosofía clásica y en el pensamiento cristiano*. Tesis doctoral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Valladolid, p. 6.

<sup>79</sup> *Gai.* 1. 160: “Es máxima, cuando se pierde el derecho de ciudadanía juntamente con la libertad...” [“*Maxima est capitis deminutio cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit...*”].

<sup>80</sup> *Gai.* 1. 12: “*Rursus libertinorum tria sunt genera: nam aut cives Romani, aut Latini, aut dediticiorum numero sunt, de quibus singulis dispiciamus; ac prius de dediticiis*”.

clase en particular y ante todo a los *dediticii*". A partir de lo señalado por Gayo, se identifican en esta categoría a quienes eran libertos por la aplicación de las *leges Aelia Sentia y Iunia Norbana: dediticii Aeliani, latini Aeliani y latini Iuniani*,<sup>81</sup> aunque los dos últimos no eran *dediticii* ni étnicamente latinos, como veremos a continuación.

Si bien los *dediticii Aeliani, latini Aeliani y latini Iuniani* eran supuestos distintos, tuvieron en común que se trataban de esclavos que no podían obtener la ciudadanía romana por la manumisión de conformidad con las *leges Aelia Sentia y Iunia Norbana* porque no compartían los valores y las virtudes romanas.<sup>82</sup> Por consiguiente, se les prohibió ser parte de la *civitas romana*.

### III. 3. b). 1. *Dediticii Aeliani*

Los *dediticii Aeliani* eran los *hostes* (enemigos de guerra) que se rindieron incondicionalmente a los romanos. Luego fueron capturados y convertidos en esclavos de conformidad con el *ius gentium* y, finalmente, fueron manumitidos por sus amos.

Como los esclavos *dediticii* eran considerados individuos que no actuaban de conformidad con los valores y virtudes romanas, se buscó impedirles ingresar a la *civitas romana* en el supuesto que fueran manumitidos. Por ello, la *lex Aelia Sentia de manumissionibus et conditione manumissorum* (4 d. C.) estableció que fueran libres, pero que no obtu-

---

<sup>81</sup> Sostienen que la exclusión de la concesión general de ciudadanía de la *Constitutio Antoniniana* se aplicó tanto a los *latini Iuniani y Aeliani* como a los *dediticii*: ARANGIO RUIZ, V. (1987). *Istituzioni di Diritto Romano*. 14ª edición. Napoli: Jovene, p. 57; MAROTTA, *op. cit.*, p. 122; MASTINO, A. (1984). "Antonino Magno, la cittadinanza e l'Imperio Universale." En *La nozione di "romano" tra cittadinanza e universalità, Da Roma alla Terza Roma - Documenti e studi*, 2, a cura di P. Catalano e P. Siniscalco, Napoli: Jovene, p. 562; PURPURA, *op. cit.*, p. 82 ss.; SANTOS YANGUAS, *op. cit.*, p. 167; TALAMANCA, M. (1979). *Lineamenti di storia del diritto romano*. Milano: Giuffrè, p. 591 ss.

<sup>82</sup> MUÑOZ CATALÁN, E. (2014). "Controversias jurídicas en torno a los impedimentos romanos y la intersexualidad." En *Revista Jurídica de La Universidad Autónoma de Madrid*, 29, p. 199.

vieran la ciudadanía romana ni la condición de latinos. En consecuencia, se convirtieron en *dediticii Aeliani* según *Gai.* 1. 15: “Así, pues, los esclavos que están en tal deshonra, de cualquier manera y a cualquier edad, que sean manumitidos, aunque fueran del pleno dominio de sus dueños, decimos que nunca se hacen ciudadanos romanos ni latinos, mas los incluimos en la clase de los dediticios”.<sup>83</sup>

De esta manera, la *lex Aelia Sentia* expresamente excluyó a los *dediticii Aeliani* de gozar de los derechos y obligaciones propios de los ciudadanos romanos. Como ni siquiera eran considerados latinos, tuvieron una situación desventajosa y contaron con varias limitaciones en el plano jurídico que no se aplicaron a otros libertos. Al respecto, se les prohibió habitar en la ciudad de Roma y a cien millas de ésta; en caso contrario, eran vendidos como esclavos (*Gai.* 1. 27).<sup>84</sup> Además, estaban impedidos de testar o de ser instituidos herederos por testamento (*Gai.* 1. 25).<sup>85</sup>

### III. 3. b) 2. Latini Aeliani

La *lex Aelia Sentia de manumissionibus et conditione manumissorum* (4 d. C.) también buscó restringir el acceso a la ciudadanía romana a al-

---

<sup>83</sup> *Gai.* 1. 15: “*Huius ergo turpitudinis servos quocumque modo et cuiuscumque aetatis manumissos, etsi pleno iure dominorum fuerint, numquam aut cives Romanos aut Latinos fieri dicemus, sed omni modo dediticiorum numero constitui intellegemus.*”

<sup>84</sup> *Gai.* 1. 27: “En efecto, no se les permite ni siquiera estar en la ciudad de Roma o en cien millas a la redonda, y si alguno infringe esto, es vendido públicamente, él y sus bienes, con la condición de que no sirva como esclavo en la ciudad de Roma o en cien millas a la redonda, ni sea manumitido jamás, y si fuese manumitido se haga esclavo del pueblo romano. Así está dispuesto en la Ley Elia Sencia” [“*Quin etiam in urbe Roma vel intra centesimum urbis Romae miliarum morari prohibentur; et si qui contra ea fecerint, ipsi bonaque eorum publice venire iubentur ea condicione, ut ne in urbe Roma vel intra centesimum urbis Romae miliarium serviant neque umquam manumit tantur; et si manumissi fuerint, servi populi Romani esse iubentur. Et haec ita lege Aelia Sentia comprehensa sunt.*”].

<sup>85</sup> *Gai.* 1. 25: “Los que están en la clase de los dediticios, al igual que cualquier otro extranjero, no pueden adquirir por testamento de ningún modo, ya que, según la opinión común, tampoco pueden testar” [“*Hi vero, qui dediticiorum numero sunt, nullo modo ex testamento capere possunt, non magis quam quilibet peregrinus; quin nec ipsi testamentum facere possunt secundum id quod magis placuit.*”].

gunos libertos y, por ello, se colocó en la línea de la *lex Fufia Caninia de manumissionibus*<sup>86</sup> (2 a. C.), que limitó la libertad del amo de manumitir a sus esclavos a través del testamento porque estableció que solamente podría liberar a un porcentaje del número total de sus esclavos, no a todos.

Para los *latini Aeliani*, la *lex Aelia Sentia* contó con dos supuestos que se encuentran mencionados en las *Institutas* de Gayo:

Gai. 1.17: Pues cuando concurren en su persona estas tres condiciones: que sea mayor de treinta años, que esté en propiedad civil de su dueño y que sea liberado con una manumisión lícita y legítima, esto es, por la vara, por el censo o por el testamento, se hace ciudadano romano; pero si falta cualquiera de ellas, será latino.<sup>87</sup>

El primer supuesto se refiere a los libertos cuya manumisión fue realizada por un *dominus* (amo) menor de treinta de años, es decir, por quien no contaba con la edad suficiente para llevarla a cabo. En el segundo supuesto, se trata de una manumisión realizada en forma no solemne, es decir, sin haber cumplido los requisitos formales<sup>88</sup> establecidos por el *ius civile*.

En estos supuestos, contar con la edad necesaria para manumitir y la observancia de los requisitos del *ius civile* dependía exclusivamente del amo, no del esclavo. Sin embargo, la *lex Aelia Sentia* estableció una sanción a los manumitidos cuando estos requisitos no se cumplían: ad-

<sup>86</sup> VILLALOBOS SÁNCHEZ, *op. cit.* p. 80 ss.

<sup>87</sup> Gai. 1. 17: "Nam in cuius personam tria haec concurrunt, ut maior sit annorum triginta et ex iure Quiritium domini et iusta ac legitima manumissione liberetur, id est vindicta aut censu aut testamento, is civis Romanus fit; sin vero aliquid eorum deerit, latinus erit".

<sup>88</sup> Sobre las formas de manumisión en el derecho romano, véase VETTER, B. K. (2004). "The Historical Development of Some Important Methods of Manumission in Roman Law". En *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité (RIDA)*. 3e Série, LI, p. 355 ss. Véase también VILLALOBOS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 81 ss.

quirían la libertad, pero no obtenían la ciudadanía romana, por lo que se convertían en *latini Aeliani*. Aunque no eran étnicamente latinos, así fueron llamados en aplicación de esta ley.<sup>89</sup>

### III. 3. b) 3. *Latini Iuniani*

La *lex Iunia Norbana* (19 d. C.) estableció lo siguiente según *Gai.* 1. 22: “...se llaman latinos junianos; latinos, porque se asemejan a los latinos de las colonias; junianos, porque recibieron la libertad en virtud de la ley Junia, siendo así que anteriormente se les consideraba esclavos”.<sup>90</sup>

De allí que los libertos manumitidos de manera informal, sin seguir las solemnidades establecidas por el *ius civile*, se convertían en *latini Iuniani* porque no obtenían la ciudadanía romana en aplicación de la *lex Iunia Norbana*.

Los *latini Iuniani* tuvieron un tratamiento jurídico menos favorable que los antiguos latinos (*latini Veteres o Prisci*) que pertenecieron a los pueblos del *Latium*, pero se asemejaban más a los *latini Coloniarii*,<sup>91</sup> aunque no fueron considerados como peregrini (*Gai.* 1. 79).<sup>92</sup> Los *la-*

---

<sup>89</sup> HARPER, K. (2010). “The SC Claudianum in the Codex Theodosianus: social history and legal texts.” En *The Classical Quarterly*, New Series, 60, 2, p. 624 ss.; MATEO, A. (2016). “La Pervivencia Clásica del Censo de los Ciudadanos Romanos.” En *Persona y Derecho*, 75, p. 94; MÉNDEZ CHANG, E. (2019). *Introducción al Derecho Romano*. Lima: PUCP Fondo Editorial, p. 69.

<sup>90</sup> *Gai.* 1. 22: “... *Latini Iuniani appellantur; Latini ideo, quia adsimulati sunt Latinis coloniariis; Iuniani ideo, quia per legem Iuniam libertatem acceperunt, cum olim servi viderentur esse*”.

<sup>91</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, E. (2018). “La condición latina provincial: el derecho de *conubium* y la *lex Minicia de liberis*.” En *Gerión. Revista de Historia Antigua*, 36, 2, p. 380; SMITH, W., WAYTE, W. y MARIDIN, G. E. (1890). *Voce Latinitas*. En *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*. London: Perseus. Disponible en: <https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0063%3Aalphabetic+letter%3DL%3Aentry+group%3D1%3Aentry%3DLatinitas-cn>.

<sup>92</sup> *Gai.* 1. 79: “... en la ley Minicia bajo el nombre de extranjeros se comprenden, no solo los de naciones y pueblos extranjeros, sino también los llamados latinos; pero se refiere a aquellos latinos que tenían sus pueblos y ciudades propias y estaban en la clase de los extranjeros” [“... *nam in lege Minicia quidem peregrinorum nomine comprehenduntur non solum exterae nationes et gentes, sed etiam qui Latini nominantur; sed ad alios Latinos pertinet, qui proprios populus propriasque civitates habebant et erant peregrinorum numero*”].

*tini Iuniani* tuvieron el *ius commercium* de manera limitada y pudieron adquirir por fideicomiso (*Gai.* 1. 24)<sup>93</sup> aunque no contaron con el *ius connubium ni testamenti factio*. Tampoco pudieron ser nombrados tutores testamentarios (*Gai.* 1. 23),<sup>94</sup> entre otros.

A partir del análisis de las Institutas de Gayo se puede concluir que los libertini dediticii se encontraban dentro del número de los dediticios (*dediticiorum numero*) y comprendieron a varios libertos: *dediticii Aeliani*, *latini Aeliani* y *latini Iuniani*, que resultaron de la aplicación de las *leges Aelia Sentia* y *Iunia Norbana*.

### III. 3. c) *Peregrini nullius civitatis*

Además de los *dediticii* y los *libertini dediticii*, estuvieron excluidos de la concesión de ciudadanía de la *Constitutio Antoniniana* los *peregrini nullius civitatis* (απολιδεις), que estaban conformados por los grupos que no pertenecían a una ciudad.

Los *peregrini nullius civitatis* son difíciles de definir porque comprendían a varios grupos de extranjeros como las poblaciones no romanizadas, los que estaban organizados de manera tribal, los bárbaros inmigrantes y las masas campesinas que no pertenecían a una ciudad, entre otros. Si bien ellos contaban con una cierta organización, ésta resultaba incompatible con el paradigma de civitas de los romanos. Por ello, no estuvieron comprendidos en los alcances de la *Constitutio Antoniniana*.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> *Gai.* 1. 24: "Lo que hemos dicho de que no pueden adquirir por testamento, entiéndase en el sentido de que no pueden adquirir nada directamente a título de herencia o de legado; pero pueden adquirir por fideicomiso" ["*Quod autem diximus ex testamento eos capere non posse, ita intellegemus, ne quid inde directo hereditatis legatorum ve nomine eos posse capere dicamus; alioquin per fideicommissum capere possunt*"].

<sup>94</sup> *Gai.* 1. 23: "Sin embargo, la ley Junia no permite que hagan testamento ni que adquieran o sean nombrados tutores por testamento de otro" ["*Non tamen illis permitti lex Iunia vel ipsius testamentum facere vel ex testamento alieno capere vel tutores testamento dari*"].

<sup>95</sup> GBRAVO BOSCH, *op. cit.*, p. 74 ss.; LEMOSSE, *op. cit.*, p. 44; MAROTTA, *op. cit.*, p. 115; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y FERNÁNDEZ ARDANAZ, *op. cit.*, p. 169; LICANDRO, *op. cit.*, p. 467; PURPURA, *op. cit.*, p. 82; ROCCO, *op. cit.*, p. 145.

Dado que los *peregrini nullius civitatis* técnicamente no fueron *dediticii* ni eran un grupo homogéneo, ponen en evidencia la compleja situación de los habitantes libres del Imperio romano. Finalmente, también fueron excluidos de obtener la ciudadanía romana por Caracalla.

### III. 3. d) Quienes perdieron la ciudadanía romana por una sanción

De manera similar a los esclavos que, habiendo cometido actos ilícitos, no podían adquirir la ciudadanía romana por la manumisión según la *lex Aelia Sentia* y se convertían en *peregrini dediticii* (*Gai.* 1. 13), en este supuesto se encontraban quienes habían cometido un acto ilícito sumamente reprochable cuya pena era sufrir la *capitis deminutio media* y, por ello, no se les aplicó la *Constitutio Antoniniana*.

La *capitis deminutio* (disminución de cabeza) *minor* o *media* producía una afectación de la ciudadanía romana y de la familia, aunque mantenía sin alteración la libertad de quien la sufría (*Gai.* 1. 161).<sup>96</sup> Ésta era la consecuencia de la comisión de un crimen que tenía penas graves para quien lo había realizado.

Entre las sanciones que producían una disminución de cabeza media, tenemos las siguientes: la prohibición del agua y del fuego (*aqua et igni interdictum*),<sup>97</sup> que era el castigo más antiguo, equivalente a la depor-

<sup>96</sup> *Gai.* 1. 161: “Llámase media la capitis disminución, cuando se pierde el derecho de ciudadanía, conservando empero la libertad, como sucede a todos aquellos a quienes se prohíbe el uso del agua y del fuego” [“*Minor capitis diminutio est cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur. Quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit*”].

<sup>97</sup> Sobre la *aqua et igni interdictum* y sus consecuencias jurídicas, véase: COHEN S. T. (2008). “Augustus, Julia and the Development of *Exile Ad Insulam*”. En *The Classical Quarterly*, 58, 1, p. 207 ss.; DROGULA, F. D. (2011). “Controlling travel: deportation, islands and the regulation of senatorial mobility in the Augustan Principate”. En *The Classical Quarterly*, 61, 1, p. 231 ss.; MOMMSEN, T. (1991). *Derecho Penal Romano*. Bogotá: Marcial Pons, p. 596; PATURET, A. (2019). “Du bois, une cagoule en peau de loup, des verges sanguines, un sac et un bestiaire: quelques remarques sur le châtement réservé au parricide dans le monde romain”. En *International Journal for Semiotics of Law*, 32, p. 236.

tación (*deportatio*), o el destierro,<sup>98</sup> que fueron mencionados en *Gai.* 1. 90<sup>99</sup> y en *Gai.* 1. 128.<sup>100</sup>

En esa misma línea, en el *Epitome* de Gayo se utilizó la expresión *homo peregrinae conditionis* para referirse a los condenados al exilio (*Ep. Gai.* 1. 6. 1) con la que se quiso enfatizar que quienes perdían la ciudadanía romana por una pena eran considerados extranjeros o extraños a la *civitas romana*.

En la medida que se trataba de individuos que perdían la ciudadanía romana como sanción por haber cometido un hecho ilícito reprochable, estuvieron excluidos de los alcances de la *Constitutio Antoniniana*.

### II. 3. e) Quienes vivían fuera del territorio romano

La *Constitutio Antoniniana* otorgó la ciudadanía romana a “... *omnibus peregrinis, qui in orbe terrarum sunt ...*” (*Papiro Gissen* 40, I), haciendo referencia al mundo romano gobernado por el emperador.

---

<sup>98</sup> La *deportatio* no debe confundirse con el exilio a una isla (*exilium ad insulam*), pena que fue establecida por César Augusto para castigar los crímenes de su hija Julia. Sobre el exilio a una isla como sanción y sus efectos jurídicos, véase: COHEN, op. cit., p. 206 ss. Sobre la deportación como sanción que conllevó a la pérdida de la ciudadanía romana y sus efectos, véase: CAÑIZAR PALACIOS, J. L. (2013). “La deportación como factor de propaganda en el reinado de Constantino: Codex Theodosianus y fuentes literarias”. En *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité (RIDA)*, 3e Série, LX, p. 39 ss.; DROGULA, op. cit., p. 230 ss.

<sup>99</sup> *Gai.* 1. 90: “Por lo tanto, si una ciudadana romana, después de haber sido desterrada estando encinta y convertida de ese modo en extranjera, pare, muchos autores hacen distinción y juzgan que, si concibió en matrimonio legítimo, nace de ella un ciudadano romano; si en cambio, concibió sin matrimonio, nace de ella un extranjero” [*“Itaque si cui mulieri civi Romanae praegnati aqua et igni interdictum fuerit, eoque modo peregrina facta tunc pariat, conplures distingunt et putant, si quidem ex iustis nuptiis conceperit, civem Romanum ex ea nasci, si vero vulgo conceperit, peregrinum ex ea nasci”*].

<sup>100</sup> *Gai.* 1. 128: “Puesto que el desterrado por la ley Cornelia en castigo de algún delito pierde la ciudadanía romana, resulta que, a consecuencia de ser eliminado de la clase de los ciudadanos romanos ...” [*“Cum autem is, cui [ob aliquod maleficium ex lege Cornelia] aqua et igni interdictur, civitatem Romanam amittat, sequitur, ut quia eo modo ex numero civium Romanorum tollitur...”*].

Si bien existía una aspiración de seguir expandiendo las fronteras de Roma a todo el mundo, en la práctica la aplicación de esta Constitución imperial fue territorial porque no se contaban con mecanismos para hacerla cumplir fuera del Imperio romano. Además, estos extranjeros no compartían necesariamente los valores romanos, por lo que eran entendidos como extraños o ajenos a la *civitas romana*. Por consiguiente, los *peregrini* que se encontraban residiendo fuera del territorio romano no adquirieron la ciudadanía romana en el año 212 d. C.

En esta sección se analizó la concesión de ciudadanía romana otorgada por el emperador Caracalla y se concluyó que ésta fue general porque estuvo dirigida a los *peregrini*, que eran los extranjeros libres que habitaban en el territorio romano. Sin embargo, esta concesión de ciudadanía no fue universal porque subsistieron muchos habitantes libres del Imperio que no la obtuvieron por estar excluidos de los alcances de la *Constitutio Antoniniana*: *dediticii*, *dediticii Aeliani*, *latini Aeliani*, *latini Iuniani*, *peregrini nullius civitatis*, quienes perdieron la ciudadanía romana por una sanción y quienes se encontraban fuera del territorio romano.

## IV. Consecuencias jurídicas de la *Constitutio Antoniniana*

La concesión general de ciudadanía romana que dio Caracalla en el año 212 d. C. tuvo varias consecuencias jurídicas y se abordarán aquellas relacionadas a la situación de los habitantes libres del Imperio romano, respecto a los ciudadanos romanos y quienes no lo eran.

### IV. 1. La unificación de los habitantes del territorio romano

Una de las consecuencias de la *Constitutio Antoniniana* fue lograr la unificación de quienes habitaban el mundo romano porque, después del año 212 d. C., la ciudadanía común fue la romana y se superó la distin-

ción entre *cives y peregrini*,<sup>101</sup> que tuvo un impacto en las élites locales.

Si bien esta concesión general de ciudadanía no fue universal, fue relevante para avanzar hacia una paulatina incorporación de muchos extranjeros a la ciudadanía romana. No obstante, debe tenerse presente que esta Constitución imperial no generó un sentido de pertenencia en los nuevos ciudadanos romanos de manera inmediata porque el proceso de romanización fue gradual.<sup>102</sup> Al respecto, las clases dominantes de las ciudades provinciales del Imperio vieron con gran satisfacción que su acercamiento a la cultura y valores romanos les permitió ser parte de la *civitas romana* y de la *patria communis*,<sup>103</sup> a la que hizo mención el jurista Modestino<sup>104</sup> (D. 50. 1. 33).

Se debe destacar que cuando la *Constitutio Antoniniana* estableció que los habitantes de las ciudades provinciales sean *cives romani*, ellos estaban sujetos al *ius civile*, el cual dio paso al *ius romanum*, entendido como un derecho común.<sup>105</sup> Además de contar con la ciudadanía romana, se les permitió mantener simultáneamente su ciudadanía local por la que también estaban sometidos a las normas de sus lugares de origen o residencia. De esta manera, se rompió la antigua regla de la exclusividad de la ciudadanía romana.<sup>106</sup>

---

<sup>101</sup> SANTOS YANGUAS, *op. cit.*, p. 169 s.; BANCALARI MOLINA, *op. cit.*, p. 61; CHAIME GANDUR, *op. cit.*, p. 428; LICANDRO, *op. cit.*, p. 476.

<sup>102</sup> BANCALARI MOLINA, *op. cit.*, p. 66; POHL, *op. cit.*, p. 415.

<sup>103</sup> BLOIS, *op. cit.*, p. 1015; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y FERNÁNDEZ ARDANAZ, *op. cit.*, p. 180 ss; PURPURA, *op. cit.*, p. 85; PLÁCIDO, *op. cit.*, p. 228.

<sup>104</sup> D. 50. 1. 33 (Modestino, De las *Manumisiones*, libro único): “Roma es nuestra patria común” [*“Roma communis nostra patria est”*].

<sup>105</sup> Para Catalano, la Codificación teodosiana marcó una etapa importante en el camino iniciado por Cicerón, a partir de sus reflexiones sobre *ius civile* y *ius gentium*: se consolidó el *ius romanum* como un *ius commune* en el mundo romano. CATALANO, P. (1990). *Diritto e Persone*. Torino: Giappichelli, p. 77.

<sup>106</sup> BLANCO PÉREZ, A. (2019). “Salvo *iure gentium*: Roman citizenship and civic life before and after the *Constitutio Antoniniana*”. En *Al-Masāq*, 32, 1, p. 5.

Por ello, el proceso de romanización de los ciudadanos de origen provincial no llevó a la desaparición de los elementos culturales o religiosos locales. Por el contrario, éstos subsistieron y, en el plano jurídico, se aplicaron tanto el *ius romanum* como los derechos locales,<sup>107</sup> así como se mantuvo una pluralidad de jurisdicciones. Respecto a esta última, no es una novedad porque antes del año 212 d. C. existieron varias jurisdicciones organizadas en las distintas ciudades del Imperio, las que ejercían sus prerrogativas judiciales, aunque se encontraban sometidas a Roma.

Al respecto, Blanco-Pérez, refiriéndose a la Grecia Oriental, afirma que fue positivo que se aceptara que los provinciales sean tanto *cives romani* como ciudadanos de sus lugares de origen o residencia porque se evitó ponerles en la disyuntiva de elegir entre ser romanos (pertenecer a la *civitas romana*) o ser miembros de sus propias ciudades, ya que podían contar con ambas; además, los provinciales asumieron tanto con los derechos, beneficios y obligaciones de ser ciudadanos romanos como sus derechos y obligaciones locales, lo cual resultó ventajoso para preservar y fortalecer las estructuras cívicas.<sup>108</sup> Algunos ejemplos de la incorporación de lo local en lo correspondiente a la *civitas romana* fueron incluir *sacra peregrina* en los cultos oficiales públicos romanos y otorgarle los efectos de un *iustum matrimonium* al matrimonio *iuris peregrini*.<sup>109</sup>

Pese a que subsistieron los derechos locales y las jurisdicciones provinciales después del año 212 d. C., éstos no podían ir contra lo establecido en el *ius romanum*, tal como se señaló expresamente en la constitución *Deo Auctore* del emperador Justiniano I en el siglo VI d. C.: "... todas las ciudades deben seguir la costumbre de Roma, que es cabeza del orbe de la tierra, y no ella la de otras ciudades" (*Deo Auct.* 10<sup>110</sup>).

---

<sup>107</sup> MAROTTA, *op. cit.*, p. 112; LICANDRO, *op. cit.*, p. 468; PARADISI, B. (1974). "Pace e Impero alla fine del mondo antico". En *Civitas Maxima: Studi di Storia del Diritto Internazionale*, Firenze, 1, p. 21.

<sup>108</sup> BLANCO-PÉREZ, *cit.*, p. 14.

<sup>109</sup> CHAMIE GANDUR, *op. cit.*, p. 428; PURPURA, *op. cit.*, p. 77.

<sup>110</sup> *Deo Auct.* 10: "... debere omnes civitates consuetudinem Romae sequi, quae caput es orbis terrarum, non ipsam alias civitates".

De este modo, la *Constitutio Antoniniana* fue determinante para lograr la unificación de los habitantes del territorio romano.

## IV. 2. La modificación del significado de *peregrinus*

La *Constitutio Antoniniana* tuvo un impacto en el concepto de *peregrinus*, término que se encuentra en las fuentes romanas desde la República. Inicialmente, *peregrinus* era el extranjero que habitaba en el territorio romano y no pertenecía a una comunidad que estaba en guerra con el *populus romanus*,<sup>111</sup> pero el significado de esta palabra fue perdiendo la precisión técnica del período clásico.

Como la concesión general de ciudadanía romana estaba dirigida a los *peregrini*, podría pensarse que la *Constitutio Antoniniana* eliminó este término. Sin embargo, esto no sucedió porque la palabra *peregrinus* se mantuvo en las fuentes jurídicas romanas después del año 212 d. C., aunque con un significado diferente, como se verá a continuación.

Un primer significado fue el siguiente: el *peregrinus* era el extranjero que se encontraba físicamente fuera del territorio del Imperio, quien que no habitaba en éste. Estos *peregrini* eran llamados los extranjeros exteriores, ajenos o externos al orbe romano<sup>112</sup> (N. 8. 10. 1),<sup>113</sup> así como

<sup>111</sup> MÉNDEZ CHANG, *op. cit.*, p. 91 ss.

<sup>112</sup> D'ORS, A. (1946). "Estudios sobre la *Constitutio Antoniniana*, III: Los peregrinos después del Edicto de Caracalla". En *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, 17, p. 587 ss. y GAUDEMET, J. (1958). "L'étranger au Bas-Empire". En *Recueil de la Société Jean Bodin*, Bruselas, IX - L'étranger, p. 211.

<sup>113</sup> En la constitución imperial "De que sin sufragio alguno sean nombrados los jueces" de Justiniano al Prefecto del Pretorio Juan del año 535 d. C, se señaló lo siguiente: "N. 8. 10. 1: Sepan, pues, todos los súbditos que para utilidad de ellos, y para su completa indemnidad, y para que vivan con todo sosiego, y no se vean obligados a abandonar las provincias y a sufrir las molestias de los peregrinos, hemos escrito la presente ley ..." ["*Sciant enim omnes subiecti, quia propter eorum utilitatem, et undique eorum indemnitatem, et ut per omnem agantur quietem, et non cogantur provincias relinquere et in peregrinis affligi, propterea praesentem legem scripsimus ...*"].

el viajero que estaba temporalmente en territorio romano,<sup>114</sup> pero no quería permanecer ni habitar en él.

En un segundo significado, el *peregrinus* era el ajeno o externo a las leyes romanas<sup>115</sup> y el extraño a lo que era propio de los romanos. Este significado comprende tanto a quien estaba fuera de la *civitas romana* y como del *ius romanum* (*C. Th.* 4. 6. 3: *peregrinos a Romanis legibus fieri*, también en *C. 5. 27. 1. pr.*: *alienos a Romanis legibus fieri*),<sup>116</sup> como el individuo que fue despojado de la ciudadanía por una sanción. Con relación a este último, *peregrinus* era el *civis romanus* que cometido un acto ilícito y, por ello, recibió una pena (como, por ejemplo, *acqua et igni interdictum* o *deportatio*) que lo hizo sufrir la *capitis deminutio media*. Como convertirse en *peregrinus* era la consecuencia de un castigo, esta palabra tuvo una connotación negativa.

En el Código teodosiano se encuentran varios supuestos en los que un romano perdía la ciudadanía por una sanción: el senador que contrajera nupcias ilícitas era castigado convirtiéndolo en *peregrinus* por una Constitución imperial del emperador Constantino I (336 d. C.) en *C. Th.* 4. 6. 3. pr. Asimismo, recibieron la misma pena quienes practicaban las artes mágicas (*C. Th.* 9. 16. 5), los herejes y los apóstatas (*C. Th.* 16. 5. 40. pr.; *C. Th.* 16. 5. 7).

El tercer significado era quien no pertenece a una ciudad. Como se mencionó anteriormente, los *peregrini nullius civitatis* (*απολιδες*) eran los extranjeros que no estaban relacionados con una *civitas*, como los grupos tribales, de bárbaros o de campesinos que no contaban con una organización ciudadana y fueron excluidos de los alcances de la *Constitutio Antoniniana*.

<sup>114</sup> CATALANO, *op. cit.*, p. 71.

<sup>115</sup> BACCARI, M. P. (1996). *Cittadini popoli e comunione nella legislazione dei secoli IV-VI*, Torino: Giappichelli, p. 117; CATALANO, *op. cit.*, p. 74.

<sup>116</sup> Se refiere a una Constitución imperial del emperador Constantino a Gregorio del año 336 en *C. 5. 27. 1. pr.*: “Nos place que los senadores o los muy perfectos, o aquellos a quienes condecoran en las ciudades el cargo de duunviro, o los ornamentos del sacerdocio ... soporten la mancha de la infamia y se hagan extraños a las leyes romanas ...” [“*Senatores seu perfectissimos, vel quos in civitatibus duumviralitas, vel sacerdotii ... ornamenta condecorant, placet maculam subire infamiae et alienos a Romanis legibus fieri ...*”].

Al respecto, resulta interesante la inscripción en una estela de mármol de Cirene de la época del emperador Anastacio (500-505 d. C.), que menciona Purpura, en la que se distinguieron dos grupos en la población del Imperio romano: los romanos y, como *peregrini*, los provinciales indígenas, como los egipcios, a quienes no se les concedió la ciudadanía.<sup>117</sup>

Finalmente, se encuentran en las fuentes romanas la mención a los *peregrini dediticii*, que comprendían a los extranjeros que se rindieron incondicionalmente a los romanos en una guerra (*Gai.* 1. 14), así como a los esclavos que cometieron un delito y fueron castigados por sus dueños, y a aquellos que sufrieron una *capitis deminutio máxima* por la aplicación de una pena capital (*Gai.* 1. 13). Éstos estuvieron expresamente excluidos de la concesión de ciudadanía romana de Caracalla.

Como se puede apreciar, el término *peregrinus* no desapareció de las fuentes romanas después de la vigencia de la *Constitutio Antoniniana*, aunque su significado se modificó porque enfatizó que se trataba de un extranjero que era externo o ajeno a la *civitas romana* y al *ius romanum*, así como asumió una connotación negativa al referirse a quien perdió la ciudadanía romana por una sanción.

### IV. 3. Los que no eran ciudadanos romanos

Debido a que la *Constitutio Antoniniana* concedió la ciudadanía romana a los *peregrini* y excluyó a otros habitantes libres del territorio del Imperio, se replanteó quiénes no eran ciudadanos romanos a partir del año 212 d. C.

En primer lugar, se encuentran los *dediticii*, quienes eran los extranjeros enemigos de guerra (*hostes*) que se rindieron incondicionalmente a los romanos, llamados también *peregrini dediticii* (*Gai.* 1. 14). Los

---

<sup>117</sup> PURPURA, *op. cit.*, p. 84 ss.; véase también MAROTTA, *op. cit.*, p. 122.

*dediticii* estuvieron excluidos de la concesión de ciudadanía romana de Caracalla, pero su situación fue cambiando posteriormente porque ser *peregrini dediticii* tuvo carácter temporal debido a que, concluida la guerra y reorganizado su territorio, estos eran considerados *peregrini*<sup>118</sup> y el empleo del término *dediticio* fue cayendo en desuso. En el año 530 d. C., el emperador Justiniano I suprimió de manera definitiva la *deditia conditio* (situación del *dediticio*) por una Constitución imperial dirigida al prefecto del pretorio Julián (C. 7. 5. 1).<sup>119</sup>

En segundo lugar estaban los *libertini dediticii*, es decir, los libertos comprendidos dentro del número de los *dediticios* (*dedititorum numero*) de conformidad con *Gai.* 1. 12. Los *libertini dediticii* comprendían a los *dediticii Aeliani*, *latini Aeliani* y *latini Iuniani*.

Los *dediticii Aeliani* eran aquellos *dediticios* (enemigos que se rindieron incondicionalmente, fueron capturados y hechos esclavos por los romanos) que, cuando eran manumitidos, eran libres, pero no adquirían la ciudadanía romana ni eran considerados latinos en aplicación de la *lex Aelia Sentia* (*Gai.* 1. 15). Además, contaban con un tratamiento jurídico sumamente desventajoso (*Gai.* 1. 25-27).

Los *latini Aeliani* eran los libertos que se encontraban en alguno de los siguientes supuestos establecidos por la *Lex Aelia Sentia*: habían sido manumitidos por un *dominus* (amo) menor de treinta de años o de forma no solemne (*Gai.* 1. 17). Estos libertos obtenían la libertad, pero no la ciudadanía romana, ya que eran considerados latinos.

Los *latini Iuniani* eran los libertos que fueron manumitidos de manera informal, es decir, cuando el dueño no había cumplido las solemnidades

<sup>118</sup> LICANDRO, *op. cit.*, p. 481.

<sup>119</sup> Esta Constitución imperial fue dada por el emperador Justiniano I dirigida al prefecto del pretorio Juan (530 d. C.) y se encuentra en C. 7. 5. 1: "De ningún modo se permita que en lo porvenir moleste a nuestra república la condición de *dediticio*, sino que esté enteramente abolida, porque hallamos que ni aún está en uso, sino que se invalida el vano nombre de tal libertad. Porque nosotros, que rendimos culto a la verdad, queremos que solamente se halle en nuestras leyes lo que en realidad está en vigor" ["*Deditia conditio nullo modo in posterum nostram rempublicam molestare concedatur, sed sit penitus deleta, quia nec in usu, esse reperimus, sed vanum nomen huius modi libertatis circumducitur. Nos enim, qui veritatem colimus, ea tantum modo volumus in nostris esse legibus, quae re ipsa obtinent*"].

establecidas (*Gai.* 1. 22) y, por la *lex Iunia Norbana*, se convertían en libres y en latinos, sin adquirir la ciudadanía romana. Su tratamiento era más favorable que los dos anteriores porque se asemejaba al de los latinos coloniales.

Los *dediticii Aeliani*, *latini Aeliani* y *latini Iuniani* se mantuvieron hasta que el emperador Justiniano I ordenó la derogación las *leges Aelia Sentia* y *Iunia Norbana*. Esta derogación se realizó por una constitución imperial dirigida al prefecto del pretorio Juan en el año 531 d. C. (C. 7. 6. 1. pr.<sup>120</sup> y C. 7. 6. 1. 12<sup>121</sup>), que también está mencionada en sus Instituciones (I. 1. 5. 3),<sup>122</sup> con la finalidad de favorecer la libertad y promover

---

<sup>120</sup> C. 7. 6. 1. pr.: “Habiendo ya suprimidos los libertos dediticios, ¿Por qué razón subsiste todavía la imperfecta libertad de los Latinos vacilante por inciertos vestigios, é introducida como por confusión, y no se deroga parte de la misma ... nos ha parecido muy acertado suprimir todas estas disposiciones y la libertad latina ... queden completamente abolidos todos los demás modos por los cuales se introducía el nombre de latinos ...” [*“Quum dediticii liberti iam sublati sint, qua proptei imperfecta Latinorum libertas incertis vestigiis titubata et quasi per saturam inducta ad huc remaneret non inutilis quidem pars eius deminuitur ... studiosissimum nobis visum est, haec quidem omnia et Latinam libertatem rescare ... ceteri omnes modi, per quos Latinorum nomen inducebatur, penitus conquiescant ...”*].

<sup>121</sup> C. 7. 6. 1. 12: “Y para que en lo sucesivo no penetre en nuestras leyes algún derecho de la libertad latina, calle la ley Junia, dejando de tener vigor el senadoconsulto Largiano, y enmudezca el edicto del divino Trajano, que les seguía, y si alguna otra ley ó senadoconsulto ó aún constitución nos hable de latinos, quede ella ineficaz en cuanto a esta parte ... Mas si alguna ley ó constitución hiciere mención de la libertad, pero no de la latinidad, entiéndase que ella habla en pró de la ciudadanía romana” [*“Et ne posterum aliquod ius Latinae libertatis nostris legibus incurrat, lex Iunia taceat, Largiano senatusconsulto cessante, sileat edictum divi Traiani, quod ea sequebatur, et si qua alia lex vel senatusconsultum vel etiam constitutio loquitur de Latinis, ea inefficax, quantum in eam partem remaneat ... Quod si aliqua lex vel constitutio libertatis faciat mentionem, non autem Latinitatis, ea pro civitate Romana loqui intelligatur”*].

<sup>122</sup> I. 1. 5. 3: “Pero el estado de los libertinos había sido antes de tres clases. Pues los que eran manumitidos, ó conseguían la mayor y legítima libertad, y se hacían ciudadanos romanos; ó la menor, y se hacían latinos por la ley Junia Norbana; ó la inferior, y se hacían por la ley Elia Sencia del número de los dediticios. [...] Y dotamos a todos los libertos con la ciudadanía romana, sin que haya ninguna diferencia ... por los que pueda concederse a los esclavos la libertad con la ciudadanía romana ...” [*“Libertinorum autem status tripartitus antea fuerat. Nam qui manumittebantur, modo maiorem et iustam libertatem consequabantur, et fiebant cives Romani; modo minorem, et Latini ex lege Iunia Norbana fiebant; modo inferiorem, et fiebant ex lege Aelia Sentia dedititorum numero. [...] Et omnes libertos nullo ... discrimine habito, sicuti antea observabatur, civitate Romana donavimus ... per quos possit libertas servis cum civitate Romana ...”*].

la universalización de la ciudadanía romana. Como consecuencia, se eliminó la llamada libertad latina<sup>123</sup> al desaparecer las distintas clasificaciones de latinos (*dediticii Aeliani*, *latini Aeliani* y *los latini Iuniani*) que tenían los manumitidos y se concedió la ciudadanía romana a todos los libertos.

En tercer lugar, los *peregrini nullius civitatis* (απολιδεις) eran aquellos extranjeros que no estaban relacionados con una civitas, como los grupos tribales, de bárbaros o de campesinos que habitaban en el territorio romano y cuya organización era distinta a la de una ciudad. Ellos no obtuvieron la ciudadanía romana por la *Constitutio Antoniniana* y subsistieron en los siglos posteriores.

Como el emperador Justiniano I concedió de manera general y universal la ciudadanía romana a todos los habitantes libres que estaban en el territorio romano al afirmar que “los que están en el orbe romano, se hicieron ciudadanos romanos” (D. 1. 5. 17), sin mencionar excepciones, los *peregrini nullius civitatis* se convirtieron en *cives romani*.

En cuarto lugar se encuentran quienes fueron despojados de la ciudadanía romana en aplicación de una sanción. Cuando el *civis romanus* cometía un crimen, recibía un castigo severo que, en algunos supuestos, lo llevaba a sufrir la *capitis deminutio minor o media* (D. 4. 5. pr.; D. 4. 5. 11) y, en consecuencia, la pérdida de la ciudadanía romana y la familia, pese a continuar siendo libre: ésta era una pena capital (D. 48. 19. 28. pr.;<sup>124</sup> D. 50. 16. 103<sup>125</sup>). En el Digesto, se mantuvieron las siguientes sanciones que acarreaban la pérdida de la ciudadanía romana: *aqua et*

<sup>123</sup> ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, p. 57; MASTINO, *op. cit.*, p. 562; PURPURA, *op. cit.*, p. 84 ss.

<sup>124</sup> D. 48. 19. 28. pr.: “De ordinario son estos los grados de las penas capitales: ... Después es pena próxima a la de muerte la condenación a las minas. Y luego después la deportación a una isla” [“*Capitalium poenarum fere isti gradus sunt: ... Deinde próxima morti poena metalli coercitio. Post deinde in insulam deportatio*”].

<sup>125</sup> D. 50. 16. 103: “Aunque a los que hablan latín les parezca ‘capital’ toda causa de estimación, sin embargo, la denominación de capital ha de ser entendida por causa de muerte o de pérdida de la ciudadanía. [“*Licet ‘capitalis’ latine loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio capitalis, mortis vel amissionis civitatis intelligenda est*”].

*igni interdictum* (D. 4. 5. pr.;<sup>126</sup> D. 32. 1. 2<sup>127</sup>), la *deportatio* (D. 48. 19. 17. 1;<sup>128</sup> D. 48. 19. 28. pr.; D. 48. 22. 15. pr.<sup>129</sup>) y el destierro (D. 4. 5. 7. 3).<sup>130</sup> Por consiguiente, los castigados dejaban de ser ciudadanos romanos y quedaban fuera de la *civitas romana* y del *ius romanum* (C. Th. 4. 6. 3; C. 5. 27. 1. pr.), lo que se mantuvo en el *Corpus Iuris Civilis*.

En quinto lugar estaban los *peregrini* que vivían fuera del mundo romano, quienes no fueron beneficiados por la concesión general de Caracalla ni por la otorgada por Justiniano I (D. 1. 5. 17). En consecuencia, no tuvieron efectos sobre ellos (N. 8. 10. 1) y continuaron sin contar con la ciudadanía romana.

Como se ha señalado anteriormente, la *Constitutio Antoniniana* no otorgó ciudadanía romana a muchos habitantes libres del territorio romano ni se aplicó fuera de éste. Por ello, los *peregrini dediticii*, *libertini dediticii* (*dediticii Aeliani*, *latini Aeliani*, *latini Iuniani*), *peregrini nullius civitatis*, los romanos que perdieron la ciudadanía romana por sufrir una

<sup>126</sup> D. 50. 16. 103: “Aunque a los que hablan latín les parezca ‘capital’ toda causa de estimación, sin embargo, la denominación de capital ha de ser entendida por causa de muerte o de pérdida de la ciudadanía. [“*Licet ‘capitalis’ latine loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio capitalis, mortis vel amissionis civitatis intelligenda est*”].

<sup>127</sup> D. 32. 1. 2: “Aquellos a quienes se les puso interdicción en el agua y el fuego, y también los deportados, no pueden dejar un fideicomiso, porque no tienen derecho de hacer testamento, estando privados de ciudadanía” [“*Hi, quibus aqua et igni interdictum est, item deportati fideicommissum relinquere non possunt, quia nec testamenti faciendi ius habent, quum sint απολιδες (extorres)*”].

<sup>128</sup> D. 48. 19. 17. 1: “Asimismo, algunos son *απολιδες*, esto es, sin ciudadanía, como son los condenados perpetuamente a obras públicas, y los deportados a una isla, de suerte que no tendrán ciertamente la cosas que son de derecho civil, pero tendrán las que son de derecho de gentes” [“*Idem quidam απολιδες sunt, hoc est sine civitate: ut sunt in opus publicum perpetuo dati, et in insulam deportati, ut ea quidem, quae iuris civilis sunt, non habent, quae vero iuris gentium sunt, habeant*”].

<sup>129</sup> D. 48. 22. 15. pr.: “El deportado pierde la ciudadanía, no la libertad, y ciertamente no disfruta del derecho especial de la ciudadanía, sino que se sirve del derecho de gentes ...” [“*Deportatus civitatem amittit, non libertatem, et speciali iure civitatis non fruitur, iure tamen gentium utitur ...*”].

<sup>130</sup> D. 4. 5. 7. 3: “Asimismo, cuando se ha perdido la ciudadanía, ninguna equidad de restitución hay contra aquel que, perdidos los bienes y dejada la ciudad, va despojado de todo al destierro” [“*Item quum civitas amissa est, nulla restitutionis aequitas est adversus eum, qui amissis bonis et civitate relicta nudus exulat*”].

pena que acarrearba la *capitis deminutio media* y los *peregrini* que estaban fuera de las fronteras del Imperio fueron considerados como aquellos que no tenían ciudadanía romana después del año 212 d. C.

En el siglo VI d. C. se produjo un cambio muy importante que modificó la composición de los no ciudadanos romanos: el emperador Justiniano I ordenó una concesión de ciudadanía general y universal que se aplicó a todos los habitantes libres que se encontraban en el territorio romano (D. 1. 5. 17) sin incluir las excepciones establecidas por la Constitución imperial de Caracalla. Por ella, los *peregrini nullius civitatis* adquirieron la ciudadanía romana. Además, derogó las *leges Aelia Sentia* y *Iunia Norbana* (C. 7. 6. 1. pr. y C. 7. 6. 1. 12) y, como consecuencia, se eliminaron las distintas categorías de libertos con lo cual desaparecieron los *peregrini dediticii*, *dediticii Aeliani*, *latini Aeliani*, *latini Iuniani* y se les otorgó la ciudadanía romana. No obstante, quienes perdieron la ciudadanía romana por una sanción y los *peregrini* que habitaban fuera del mundo romano no se beneficiaron con la concesión de ciudadanía de Justiniano I.

En conclusión, la *Constitutio Antoniniana* tuvo varias consecuencias que se deben destacar. Contribuyó a la unificación de los habitantes del territorio romano, quienes participaron de la *civitas romana* y del *ius romanum*. También modificó el significado de *peregrinus* que, además de referirse a los que estaban fuera del territorio romano, tuvo una connotación negativa porque eran quienes no pertenecían a una ciudad (*peregrini nullius civitatis*) o eran ajenos al mundo romano, como quienes perdieron la ciudadanía por una sanción. De este modo, la constitución imperial de Caracalla llevó a un replanteamiento de quiénes no eran considerados ciudadanos romanos, que se mantuvo por varios siglos hasta que el emperador Justiniano I realizó una concesión de ciudadanía de alcance universal, sin incluir las excepciones de la *Constitutio Antoniniana*, y derogó la *deditia conditio* y las *leges Aelia Sentia* y *Iunia Norbana*. De esta manera, los seres humanos libres que no tenían ciudadanía romana en el siglo VI d. C. fueron los que la perdieron (*capitis deminutio media*) por la aplicación de una pena y los extranjeros que vivían fuera del territorio romano.

## V. Reflexiones finales

La *Constitutio Antoniniana* fue un hito importante porque concedió la ciudadanía romana a los *peregrini*, aunque tuvo varias excepciones que impidieron a otros individuos convertirse en *cives romani*.

Los motivos por los que el emperador Caracalla otorgó una concesión de ciudadanía romana en el año 212 d. C. fueron diversos y, en gran medida, personales porque buscó congraciarse con los grupos de peregrini de las ciudades provinciales, así como obtener una mayor recaudación fiscal para pagar liberalidades al ejército romano y realizar obras públicas.

A partir del estudio de la *Constitutio Antoniniana*, se puede afirmar que Caracalla realizó una concesión de ciudadanía romana de alcance general y no universal porque ésta se dirigió a los *peregrini* y excluyó expresamente a los *dediticii*, así como a otros habitantes libres que se encontraban en el territorio del Imperio. En consecuencia, no se otorgó ciudadanía romana a grupos muy heterogéneos: *peregrini dediticii*, *dediticii Aeliani*, *latini Aeliani*, *latini Iuniani*, *peregrini nullius civitatis*, los que perdieron la ciudadanía romana por una sanción y quienes residían fuera de las fronteras del Imperio romano.

Con relación a las consecuencias de la *Constitutio Antoniniana*, se han analizado tres. La primera fue la unificación de los habitantes del territorio romano, que permitió que los provinciales tuvieran simultáneamente la ciudadanía romana y aquella de origen, así como mantuvieran sus normas locales y sus jurisdicciones.

La segunda consecuencia está referida a la modificación del significado de *peregrinus*, palabra que subsistió en las fuentes jurídicas romanas, aunque adquirió una connotación negativa y subrayó el carácter de “ajeno” a la *civitas romana* y al *ius romanum*. Entre los peregrini, estaban los que encontraban fuera del territorio romano, los que habían perdido la ciudadanía romana por una sanción y los *peregrini nullius civitatis*, que no pertenecían a una ciudad.

La tercera consecuencia fue el replanteamiento de quiénes eran considerados que no eran ciudadanos romanos a partir del año 212 d. C. porque fueron excluidos de los alcances de la *Constitutio Antoniniana*: los que eran del número de los dediticios (*dediticiorum numero*) – *peregrini dediticii, dediticii Aeliani, latini Aeliani y latini Iuniani, así como los peregrini nullius civitatis*–, los que perdieron la ciudadanía romana por una sanción y quienes vivían fuera del territorio romano. Con el correr del tiempo, se fueron mitigando estas exclusiones hasta que el emperador Justiniano I ordenó una concesión de ciudadanía general y universal (D. 1. 5. 17) en el siglo VI d. C., sin las excepciones planteadas por Caracalla. Asimismo, suprimió la *deditia conditio* y derogó las *leges Aelia Sentia y Iunia Norbana*, lo que permitió a todos los libertos manumitidos alcanzar la ciudadanía romana. Por consiguiente, solamente los extranjeros que habitaban fueran del territorio del Imperio y quienes habían sufrido una *capitis deminutio media* debido a una sanción, fueron considerados no ciudadanos.

De esta manera, se ha tratado de brindar un aporte para la comprensión de los alcances y consecuencias de la *Constitutio Antoniniana* en cuanto a quiénes eran ciudadanos romanos y aquellos que no lo eran, desde el año 212 d. C. hasta la vigencia de las normas promulgadas por el emperador Justiniano I.

# Roma, germen del protocolo civil y eclesiástico

---

Por Luis Rodríguez Ennes<sup>131</sup>

## Sumario

I. Introducción; II. Evolución histórica; II. 1. *Roma imperial*; II. 2. *Edad Media*; II. 3. *Edad Moderna*; II. 3. a) *Introducción del “Uso de Borgoña” por Carlos I*; II. 3. b) *Luis XIV y los Borbones españoles*; II. 3. c) *La Galicia del Antiguo Régimen*.

## I. Introducción

A lo largo del devenir histórico, la prioridad jerárquica, leit motiv del protocolo, se ha erigido en un proceloso campo de disputas. Con mayor o menor énfasis –pero sin excepción– desde los remotos tiempos faraónicos, hasta la era de la moderna cibernética, las civilizaciones se han preocupado de las delicadas materias protocolarias y ceremoniales. En todo tiempo y lugar se fue arbitrando un compendio de normas para armonizar la representación de los distintos estamentos sociales; de ahí que alguien apuntase –con notorio acierto– que la ciencia y el arte del protocolo constituyen

---

<sup>131</sup> Catedrático Emérito de Derecho Romano y Sistemas Jurídicos Comparados (Universidad de Vigo, España). Doctor Honoris Causa por UFLO Universidad.

una mezcla inseparable entre la tradición del pasado y la complejidad del presente, marcado éste por el mayor sentido práctico y utilitario que preside la vida moderna.<sup>132</sup> De acuerdo con esta premisa inicial, mi trabajo se circunscribirá a un recorrido por la evolución de las normas protocolarias, comenzando por la mejor documentada y más influyente civilización de la Antigüedad –la romana– y concluyendo con el actual marco normativo. Con ello trato de demostrar una vez más la razón que encierra el aforismo clásico: *historia est magistra vitae*.

## II. Evolución histórica

### II. 1. Roma imperial

El emperador poseía la más alta *dignitas* en la sociedad romana y no solo en virtud del poder que le confería la constitución, sino también merced a su posición personal:<sup>133</sup> podía en todo momento apelar a la *auctoritas* de su persona, de la que Augusto afirmaba que ya únicamente por ella “podía considerarse superior al resto de los hombres”,<sup>134</sup> añadiéndose a esto que al soberano se le tenía por la encarnación ideal de todas las virtudes romanas. Su autoridad sin parangón se expresaba en una titulación imperial paulatinamente formalizada (*Imperator Caesar Augustus*) con recuento de los distintos tipos de poder y dignidades,<sup>135</sup>

<sup>132</sup> Cfr. PUMAR VÁZQUEZ, J. (1995). *Cerimonial e protocolo*. Vigo: Ir Indo, p. 9.

<sup>133</sup> ALFÖLDY, G. (1987). *Historia social de Roma*. Traducción por Alonso Troncoso. Madrid: Alianza, p. 139.

<sup>134</sup> *Auctoritate omnibus praestiti*, cfr. *Res Gestae Divi Augusti*, p. 34.

<sup>135</sup> Entre las mayores preocupaciones de Augusto destaca la relativa a que su nombre reflejase la posición de supremacía que había alcanzado. Para ello prescindió sucesivamente, del *nomen* y *praenomen* de Cayo Octavio y de los derivados de su adopción testamentaria por César, C. Julio, y únicamente conservó el *cognomen* adoptivo de *Caesar* (en cierto modo transformado en nombre) y el de Augusto que le otorgara el Senado. A ellos antepuesto, como si fuera un *praenomen*, el título de *imperator* y se hizo llamar *Imperator Caesar Augustus*; palabras que terminaron siendo consideradas por sus sucesores no como nombres personales, sino cual sinónimos de *princeps* [Cfr. ARANGIO RUIZ, V. (1975). *Historia del Derecho Romano*. Traducción por Pelsmaeker. Madrid: Reus, p. 274].

en su atuendo e insignias especiales, y en el ceremonial que rodeaba a su persona, reforzado todo ello por su carisma religioso, que el culto al emperador –y en el oriente grecoparlante– la divinización mantenían constante.<sup>136</sup>

El cambio fundamental experimentado por el sistema político romano con la introducción de la monarquía imperial afectó a las funciones públicas de los grupos situados en la cúspide de la sociedad, es decir, a los integrantes de los estamentos senatorial y ecuestre, cuyos servicios – en la época republicana prestados al Estado– se van a considerar a partir de ahora como ofrecidos al emperador.<sup>137</sup>

Los “mejores”, por razón de privilegios escritos y no escritos, eran tratados con especial respeto tanto por parte de los estratos inferiores, como también por el propio Estado. Según una disposición de Vespasiano, un senador no podía ser ofendido ni siquiera por un caballero y, caso de ser éste el agraviado, quedaba autorizado a lo sumo a devolver la ofensa por mediación de un miembro del primer orden, ya que la dignitas que se le reconocía al primero y al segundo de los órdenes no era la misma.<sup>138</sup> Las personas distinguidas eran objeto de particular

---

<sup>136</sup> Acerca de la posición del príncipe, vid.: *Recherches sur l'aspect idéologique du principat* (Basilia, 1953); WICKERT, en RE, XXII (1954), col. 1998 ss., y en ANRW, II, 1 (Berlín-Nueva York, 1974), p. 3 ss. Sobre la auctoritas: MAGDELAIN, A. (1947). *Auctoritas Principis*. París: Les Belles Lettres; Culto imperial, insignias y ceremonias: TAEGER, F. (1960). *Carisma. Studien zur Geschichte des antiken Herrscherkultes*, II. Stuttgart: W. Kohlhammer; ALFÖLDY, E. (1970). *Die monarchische Repräsentation im römischen Kaiserreiche*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft; bibliografía en HERZ, ANRW, II, 16,2 (Berlín-Nueva York, 1978), p. 833 ss.

<sup>137</sup> Sobre Augusto y las capas altas de la sociedad: SYME, R. (1939). *Roman Revolution*. Oxford: The Clarendon Press, p. 276 ss.

<sup>138</sup> SUETONIO, *Vesp.* 9, 2. Con todo, el segundo orden –el ecuestre– también se caracterizaba por su *etos* aristocrático y no profesional. A juicio del historiador DIÓN CASIO (52, 19, 4), el orden ecuestre se parecía al senatorial en que para ingresar en él había que responder a los mismos criterios –noble linaje, excelencia y riqueza–, pero en el segundo grado. Al igual que los senadores, los ecuestres fueron objeto de intentos de imponer respetabilidad moral a fuerza de leyes, como el *senatus consultum* del año 19 d. C. que prohibió a los miembros de ambos órdenes y a sus familias que se deshonraran actuando en espectáculos públicos; [el decreto senatorial está recogido en D. 23, 2, 4 pr., cfr. al respecto: TREGGIARI, S. (1964). *Roman freedmen during the Late Republic*. Oxford: The Clarendon Press, p. 82 ss; LEVICK, B. (1983). “The Senatus Consultum from Larinum”, en JRS 73 p. 97-115.

reverencia por la masa<sup>139</sup> y gozaban de especiales prerrogativas en materia de derecho penal: los componentes del estamento ecuestre que cometían actos delictivos por los que una persona corriente se vería condenada a trabajos forzados, habían tan solo de marchar al exilio; los senadores culpables de un crimen capital estaban libres de la pena de muerte y debían únicamente ir al destierro.<sup>140</sup> El resto de los mortales, por el contrario, quedaba sujeto a todas las severidades del ordenamiento punitivo romano.<sup>141</sup>

Los senadores tenían derecho al título de *clarissimus* y sus mujeres e hijas al de *clarissima*, lucían como insignias de su estamento la franja ancha de púrpura en la túnica o *latus clavus*,<sup>142</sup> frente a los caballeros que llevaban una franja estrecha o *angustus clavus* y ostentaban además el título de *eques Romanus*.<sup>143</sup> Con todo, en época augústea el orden senatorial siguió siendo el más prestigioso, un reducido círculo formado por varios centenares de familias a las que se consideraba eminentes de acuerdo con las tradicionales pautas de cuna, riqueza y excelencia

---

<sup>139</sup> TÁCITO, *Ann.* 3, 23.

<sup>140</sup> Cfr. FERRINI, C. (1976). *Diritto penale romano*. Roma: Anast, p. 143 ss.

<sup>141</sup> Para MOMMSEN, así como las desigualdades legales en la aplicación de la pena a los libres y a los no libres eran tan antiguas como la misma Roma, las desigualdades legales en la aplicación de la pena a los nobles y a los simples ciudadanos se remontan a los tiempos de Augusto y Tiberio, supuesto que el primero de estos emperadores abolió la igualdad de derecho, que había sido el producto de la secular lucha de clases, mediante la creación de la nueva nobleza hereditaria y la nueva nobleza personal; y el segundo dio forma y expresión en el orden penal a la antítesis entre ciudadanos de clase superior y ciudadanos de clase inferior, mandando que los trabajos forzados solo pudieran imponerse a estos últimos y no a los primeros. Pero el sistema así implantado no llegó a adquirir firmeza y desarrollo completos hasta las generaciones posteriores, las disposiciones de Marco Aurelio acerca de la aplicación del tormento fueron las que contribuyeron de una manera esencial a establecer una separación marcada entre las categorías de personas a las que nos referimos. [Cfr. MOMMSEN, T. (1976). *Derecho Penal Romano*. Traducción por Dorado Montero. Bogotá: Temis, p. 641.

<sup>142</sup> CHASTAGNOL, A. (1971). "Les modes d'accès au sénat romain au debut de l'empire" En *Bull. Soc. Antiq. France*, p. 283-310; 1 D.; "La naissance de l'orde senatorius", en *MEFR* 85 (1973), p. 583-607.

<sup>143</sup> MILLAR, F. (1964). *A study of Caesius Dio*. Oxford: The Clarendon Press, p. 21, ID, "Empire and city, Augustus to Julian: obligations, excuses and status", en *JRS* 83 (1983), p. 1-23; PFLAUM, D. (1970). "Titulature et rang social sous le haut-empire" En NICOLET, C. (ed.). *Recherches sur les structures sociales dans l'antiquité classique*. Paris: Éditions du Centre national de la scientifique.

moral. Augusto se propuso reconstruir el senado y reavivar su moral hundida purgándolo de miembros de categoría dudosa que se habían infiltrado en el orden senatorial durante las guerras civiles –una serie de revisiones hicieron que el número de senadores bajara de unos 1200 a 600– y acentuando las diferencias entre senadores y hombres de rango inferior.<sup>144</sup> El orden senatorial no era, en modo alguno, una aristocracia hereditaria. Pese a ello, el prestigio que se atribuía a la noble alcurnia empujó a Augusto a promover el principio hereditario con el fin de elevar la categoría del senado, permitiendo a los hijos de los senadores asistir a las reuniones del senado con sus padres<sup>145</sup> y haciendo extensiva la distinción senatorial a los descendientes de los senadores durante tres generaciones,<sup>146</sup> y se ofrecieron incentivos al orden senatorial para que se reprodujera.<sup>147</sup> Empero, al finalizar el principado, el ecuestre principal, el prefecto pretoriano, ya procedía a los senadores en el protocolo de la corte. Los romanos, que eran gente consciente del rango, no querían que el inmenso abismo social que había entre el ecuestre más encumbrado y el más humilde pasara desapercibido, de modo que a finales del siglo II se inventó una nueva jerarquía de epítetos para designar a los ecuestres que ocuparan cargos (*egregius* o “excelente” para los procuradores; *perfectissimus* o “perfectísimo” para los prefectos de mayor categoría; y *eminentissimus* o “eminentísimo” para los prefectos pretorianos).<sup>148</sup>

Los romanos hacían alarde de su rango siempre que aparecían en público, y en ninguna parte lo hacían de forma tan conspicua como en los espectáculos que se daban en el teatro, el anfiteatro y el circo. En Roma, Augusto confirmó y extendió las disposiciones de finales de la república que reservaban asientos o filas de asientos para los senadores,

---

<sup>144</sup> GARNSEY-SALLEER, P. (1990). *El Imperio Romano: economía, sociedad y cultura*. Traducción por J. Beltrán. Barcelona: Crítica, p. 135.

<sup>145</sup> Suetonio, *Aug.* 38.

<sup>146</sup> D. 23, 2, 44 pr.

<sup>147</sup> HOPKINS, K. (1983). *Death and renewal*. Cambridge: Cambridge University Press, sobre las leyes referentes al matrimonio en p. 143 ss.

<sup>148</sup> MILLAR, *op. cit.*, p. 21; PFLAUM, *op. cit.*

los ecuestres y los ciudadanos.<sup>149</sup> En los municipios, los asientos se disponían de forma que dieran definición especial a la distinción entre el orden curial y los ciudadanos corrientes. La ley que promulgara César para la colonia de Urso –actual Osuna– en Hispania ya había dado instrucciones claras sobre la disposición de los asientos en el anfiteatro y el teatro, a la vez que establecía multas enormes para las infracciones, lo cual indica que estaba en juego algo más que obtener una buena localidad.<sup>150</sup>

La última ley municipal romana descubierta,<sup>151</sup> conocida como *Lex Irnitana*, también confirma esta disposición en su capítulo 81.<sup>152</sup> Poner a cada quien en su sitio apropiado era afirmar de modo visible la dominación de la estructura social imperial, y tenía por fin impresionar al grueso de la población del Imperio.

El carácter despótico de la monarquía romana se hizo más evidente en la época bajo imperial. Los emperadores eran tenidos por “soberanos de la tierra bajo el sol y señores victoriosos”,<sup>153</sup> por “señores de todas

---

<sup>149</sup> No nos resistimos a transcribir, por su vis descriptiva, lo que constata SUETONIO al respecto: “Promulgó reglas especiales para impedir el sistema desordenado y fortuito que usaban los espectadores para obtener asientos en estos espectáculos, habiéndose indignado al saber del insulto recibido por un senador, a quien al entrar en el abarrotado teatro de Puteoli, ningún miembro del público le ofreció un asiento. El consiguiente *senatus consultum* dispuso que en todas las funciones, dondequiera que se celebrasen, la primera fila de la platea debía reservarse para los senadores... Otras reglas suyas incluían la separación de los soldados de los civiles; la asignación de asientos especiales para los plebeyos casados, para los muchachos que aún no fueran mayores de edad y, cerca de ellos, para sus tutores; y la prohibición de vestir prendas oscuras, excepto en las últimas filas” (Cfr. *Aug.* 44). Se refieren también a estos hechos: DIÓN CASIO, 60, 7; SUETONIO, *Claud.*, 21; TÁCITO, *Ann.*, 15, 32.

<sup>150</sup> RICCOBONO, *Fira I*, 21 (*Lex col. Gen. lul. Urs.*), p. 125-127, especificando una multa de 5000 sesteracios.

<sup>151</sup> El hallazgo de estas tablas de bronce –todas menos una rotas en varios fragmentos– tuvo lugar, en una búsqueda irregular, en la primavera de 1981, en la colina llamada Molino del Postero, a cinco kilómetros al sudoeste de El Saucejo y tres del noreste de Algámitas, en la provincia de Sevilla. La primera edición crítica se debe a JULIÁN GONZÁLEZ, y fue publicada en *Journal of Roman Studies* (JRS), 76 (1986), p. 147-238.

<sup>152</sup> Cfr. D'ORS, A. (1988). *Lex Irnitana* (texto bilingüe). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, p. 64.

<sup>153</sup> *Inscriptiones Latinae Selectae* (ILS), 8809.

las cosas humanas”.<sup>154</sup> El trato con ellos quedó marcado en adelante por un rígido ceremonial de corte, fuertemente influido por modelos orientales. La desobediencia al soberano no solo se consideró como un acto criminal, sino como un sacrilegio. La concepción que tenían del emperador paganos y cristianos se diferenciaba en que para los primeros el soberano seguía apareciéndoseles como un dios (p. ej. *Paneg.* 12, 4, 5), mientras que los segundos veían en él a un monarca por la gracia de Dios. Pero esto no cambiaba en nada el carácter sacral de su persona, como tampoco la infinita distancia entre soberano y súbdito, pues el emperador era también en la visión cristiana el elegido por la *summa divinitas*, a quien ésta “confiaba el gobierno de todo lo terrenal”.<sup>155</sup>

Diocleciano —arquetipo del monarca absoluto tardorromano— gustaba de lo solemne. El acceso a su persona se hizo cada vez más difícil a causa del creciente ceremonial. En las salas y vestíbulos del palacio había colocados oficiales, cortesanos y guardias, mientras que en el interior mandaban eunucos influyentes. Quien por el asunto y el rango podía llegar hasta el emperador tenía que prosternarse a la manera oriental.<sup>156</sup> Diocleciano tenía viejos amigos, pero la confianza había desaparecido, acaso por ambos lados. Temía, y no sin razón, que su intimidad con terceras personas podía perturbar su artificial armonía con los colegas. En lugar de la simple púrpura con que se habían contentado casi todos los emperadores anteriores —excepción hecha de los dementes— viste (desde 293) ropajes de seda recamados y salpica sus sandalias de piedras preciosas y perlas; ciñe su cabeza con la diadema, una cinta blanca cubierta de perlas. Este era el uniforme oficial en que se presentaba en las ocasiones solemnes. Con motivo del encuentro de Diocleciano y Maximiano en Milán (291), el panegirista Mamertino<sup>157</sup> describe la solemne corte como una “adoración escondida en lo más íntimo del santuario,

---

<sup>154</sup> *Ibid.*, 807.

<sup>155</sup> *Opt. Milev., App.* 3. Idea del emperador en el Bajo Imperio: STRAUB, J. (1964). *Von Herrscherideal in der Spätantike*. Stuttgart: Kohlhammer; ALFÖLDY, *op. cit.*

<sup>156</sup> BUCKHARDT, J. (1982). *Del paganismo al cristianismo. La época de Constantino El Grande*. Traducción por E. Imaz. Madrid: Fondo de Cultura Económica, p. 46.

<sup>157</sup> *Paneg.*, III. 11.

que había de asombrar únicamente los ánimos de aquellos a los que su rango les permitiera llegar hasta vos”. Y no quedaban las cosas en formalismos mudos, pues también se pronunció la palabra escabrosa. El emperador ya no se nombraba según los títulos, tan inocuos entonces, de la Roma republicana: el cónsul, el poder tribunicio, etc. Se llamaba *dominus*, el señor.<sup>158</sup>

No sabemos si en la corte de Diocleciano el lenguaje no era todavía algo más servil y mezclado con frases de adoración. En todo caso, el ceremonial, por lo que se refiere a la persona imperial, debió ser aún un poco inocente y no muy alambicado. De seguro que no se le puede comparar con la corte bizantina, en la que en el siglo X, el emperador Constantino Porfirogeneta actuó en persona de maestro de ceremonias de la corte para conducir con un hilo sistemático a los contemporáneos y a la posteridad a través de aquel laberinto de prácticas sagradas, cuyo carácter servil se va imponiendo poco a poco a los autócratas sacrosantos y divinos desde que se entrelazan y exaltan recíprocamente el ceremonial eclesiástico y el cortesano.<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> En el tratamiento acostumbrado al emperador este título aparece de vez en cuando en inscripciones de Valeriano, Galerio y Aureliano.

<sup>159</sup> El papel histórico de Constantino Porfirogeneta no está en su insignificante actividad como hombre de Estado –solo reinó entre 945-959– sino en su trabajo extremadamente intensivo y fecundo en el campo de la cultura y de la ciencia. Compuso una enciclopedia bajo el título de *Libro de las ceremonias* –a la que nos referimos en el nt. 160– de incalculable valor como fuente histórica; también redactó una disertación histórico-gráfica sobre las provincias del Imperio, un tratado importantísimo sobre países y pueblos y una biografía de su abuelo Basilio I. Varias obras históricas notables, así como una serie de diversos escritos científicos y tratados prácticos nacieron por orden o iniciativa suya; también fomentó con gran entusiasmo la recopilación de resúmenes tomados de antiguos escritores, sobre todo de los historiadores. El escritor y mecenas portador de corona dio un impulso poderoso a las fuerzas espirituales del Imperio, suscitando una actividad científica sin par. [Cfr OSTROGORSKY, G. (1983). *Historia del Estado Bizantino*. Traducción por J. Facci. Madrid: Akal, p. 279-280].

<sup>160</sup> El enorme *Libro de las Ceremonias* (*De caerimoniis aulae byzantinae*) representa una verdadera mina de información histórica y arqueológica. [Existe una edición francesa con comentario de VOGT, A. (1935, 1939-1940). *Le livre des Cérémonies*. París: Les Belles Lettres, del libro I, caps. 1-83]. Una de las fuentes más importantes de esta obra la constituye el *Klerologion* de Filoteo, que nos informa sobre la jerarquía de los funcionarios alrededor de 900. [Edición separada con un excelente comentario de BURY, J. (1911). *The Imperial Administrative System in the Ninth Century*. London: Frowde].

Si, del trono para abajo, el régimen de títulos y rangos se fue apoderando poco a poco de la sociedad romana no hay que achacarlo sin más a Diocleciano. El proceso natural de anquilosamiento de la vida antigua tenía que adoptar inevitablemente esta forma. Hacía largo tiempo que el gobierno venía siendo casi por completo un gobierno de soldados. Ahora bien, un régimen semejante conformará siempre todo el aparato estatal a su imagen y semejanza, es decir, con un orden riguroso y visible de grados y dignidades, porque su alma es la subordinación. Muchas disposiciones externas de este tipo que se suelen atribuir a Diocleciano posiblemente se presentaron ya antes, pero la transformación definitiva de la vida estatal tuvo lugar bajo Constantino.<sup>161</sup>

Y es que, justamente con el llamado “primer emperador cristiano”, se asiste a un perfeccionamiento del ceremonial y de los oficios de palacio. La llamada *Notitia Dignitatum*, un calendario de la corte y del Estado de principios del siglo V,<sup>162</sup> enumera una jerarquía completa de los cargos palatinos y estatales que es posible que, en general, haya cobrado forma de manos de Constantino, aunque es cosa que tampoco se puede demostrar directamente. De las diversas dignidades sabemos que muchas de ellas existían ya bajo Diocleciano y aún mucho antes desde Adriano. De todos modos, la tabla –por lo mismo que no se conocen estos antecedentes– tiene algo de sorprendente ya que revela la fastuosidad del despotismo. Por todas partes resuena el adjetivo *sacer* (sagrado) cuando bastaba con decir “imperial”. Y en qué forma el mundo romano de entonces se acostumbró al sistema de títulos como símbolos de una jerarquía nos lo dicen los tratamientos corrientes de *illustrer*, *spectabilis*, *honoratus*, *clarissimus*, *perfectissimus*, *egregius*, etc.<sup>163</sup> Por otra parte, los privilegios de los cortesanos, manejados consecuentemente y ampliados, tenían que producir poco a poco una nueva nobleza hereditaria germen, a su vez, del feudalismo.

<sup>161</sup> BUCKHARDT, *op. cit.*, p. 57-58.

<sup>162</sup> Existe una edición de la *Notitia Dignitatum*, a cargo de SEECK, O. (1876). Berlín: Weidmann, que es la que hemos manejado.

<sup>163</sup> Los datos accesibles de la *Notitia*, entre otros, en KÖRTUM, F. (2013). *Römische Geschichte*. Books on Demand, p. 412 ss.; FIEDLER, F. (2018). *Römische Geschichte*. Forgotten Books, en los apéndices.

## II. 2. Edad Media

En la Europa altomedieval se había extendido la idea, formulada por un reducido número de intelectuales, de que el mundo estaba concebido de tal manera que cada uno tenía sus misiones específicas atribuidas por Dios desde la Creación.<sup>164</sup> La función principal –en teoría, no en la práctica– la desempeñaban los *oratores*, hombres dedicados a rezar por las almas de todos; los *bellatores* (verdadero grupo dominante de la época)<sup>165</sup> debían consagrar su vida a la defensa y protección del conjunto social; y, por último, los *laboratores* desempeñaban la necesaria –pero menos considerada– función de trabajar para el mantenimiento de los otros grupos. Era un esquema simple de justificación de las desigualdades existentes que se estableció firmemente en la mentalidad colectiva de la época y que perdurará durante varios siglos, configurando la llamada “sociedad de los tres órdenes”.<sup>166</sup>

Por otra parte, los teóricos políticos del absolutismo monárquico concebían la sociedad civil como la transposición del orden celestial.<sup>167</sup> Aceptada la desigualdad como componente natural y fundamental de ese orden, se adaptaron las teorías de los antiguos para formular una concepción más ligada a las ideas cristianas. La idea de la igualdad había sido ya tomada por los Padres de la Iglesia de Cicerón y Séneca. San Gregorio Magno había enseñado ya a la naciente Edad Media el *Omnnes namque homines natura aequales sumus* (“Todos los hombres somos iguales por naturaleza”). Esta sentencia había sido repetida con los más

<sup>164</sup> GARCÍA H., (1992). *La nobleza en la España moderna*. Madrid: Itsmo, p. 12.

<sup>165</sup> DUBY, G. (1976). *Guerreros y campesinos. Desarrollo inicial de la economía europea (500-1200)*. Madrid: Siglo XXI, p. 208.

<sup>166</sup> Así, en 1539, en las *Epístolas familiares* de ANTONIO DE GUEVARA, famoso obispo mindonense y, a la sazón, confesor de Carlos I, podemos leer: “En la buena república el sacerdote ora, el labrador ara y el caballero pelea” (Cfr. Ep. III).

<sup>167</sup> Se contempla un orden celestial que contenía la sociedad de ángeles repartidos en nueve coros, a su vez clasificados en tres órdenes o jerarquías. La más alta de éstas, la de los tres coros de serafines, querubines y tronos, representará a la nobleza del cielo. [Cfr. BENNASAR, B. (1983). *La España del Siglo de Oro*. Barcelona: Crítica, p. 39].

diversos acentos y matices,<sup>168</sup> sin aminorar la afectiva desigualdad, pues para el hombre medieval el punto céntrico de la idea estaba en la cercana igualdad ante la muerte, no en una inasequiblemente lejana igualdad ante la vida. En Eustache Descamps la encontramos en claro enlace con la idea de la danza de la muerte,<sup>169</sup> que era para la última Edad Media asolada por la peste negra,<sup>170</sup> un consuelo de la injusticia del mundo.<sup>171</sup> Tal apelación a la muerte como único ras igualatorio –expresada en el popular aforismo latino *sic transit gloria mundi*– va a permanecer viva durante todo el Antiguo Régimen, como lo demuestran sin género de dudas tanto los autos sacramentales de nuestro Siglo de Oro como las

---

<sup>168</sup> La unión de la idea de igualdad con la de la nobleza de corazón halla certera expresión en las palabras de Ghismonda a su padre Tancredo, en el primer cuento del cuarto día, en el *Decamerón* boccacciano.

<sup>169</sup> Según DESCAMPS, Es Adán quien habla así a su descendencia: “Hijos míos, hijos míos, de mí, Adán nacidos/ Que soy, después de Dios, el padre primero/ Creado por Él, todos de mí habéis descendido/ Según naturaleza, de mi costilla y de Eva/ Ella es vuestra madre ¿Cómo es el uno villano/ Y el otro toma de gentilhombre el título/ Entre vosotros, hermanos ¿de dónde/ procede semejante nobleza?/ Yo no lo sé, a menos que sea de las virtudes/ Y de todo vicio que hiere, los villanos/ Todos estáis de la misma piel revestidos –vous estes tuos d'une pel revestus–” [Cfr. *Oeuvres complètes*, ed. De Queus-Raynaud (París, 1878-1903) VI, núm. 1.140, p. 67].

<sup>170</sup> La peste negra fue la gran plaga de una Edad Media abundante en enfermedades epidémicas. Surgió en la colonia genovesa de Caifa (Crimea), asediada por un ejército mongol que contrajo la enfermedad y la contagió a los sitiados. Transmitida por marinos genoveses, la peste alcanzó a Constantinopla y en 1347 a Italia. Al año siguiente se había propagado a Francia y a los territorios de la Corona de Aragón. En 1349 se extendió a Inglaterra y en 1350 azotaba a los reinos ibéricos occidentales. Al transmitirse también hacia el valle del Danubio y Escandinavia, llegó un momento en que toda Europa y el Próximo Oriente padecían los efectos de la enfermedad. El gran azote de la peste negra en sus diversas formas –bubónica, pulmonar o septicémica– tuvo así carácter general a mitad del siglo XIV, y de ella se hizo eco BOCACCIO en la introducción al *Decamerón*. En los años siguientes hubo otras oleadas de la enfermedad, de alcance más restringido. [Cfr. VALDEÓN, J. “La muerte negra en la Península” y “El impacto de la peste”, en *Historia*, 16, 56 (1980), p. 60-66 a 71, respectivamente].

<sup>171</sup> Los misioneros venían de tiempo en tiempo para sacudir al pueblo con su voz. Nosotros, lectores de periódicos, apenas podemos imaginarnos el poderosos efecto de la palabra hablada sobre un espíritu ignorante. El hermano Ricardo, un hombre popular, predicó en París en 1429 durante diez días sucesivos. Hablaba desde las cinco hasta las diez o las once de la mañana en el cementerio de los Inocentes, bajo cuya galería estaba pintada la célebre “Danza de la muerte”, de espaldas a las fosas comunes, en las cuales yacían amontonados y rebasando de la arcada los cráneos, a la vista del público [Cfr. HUIZINGA, J. (2001). *El Otoño de la Edad Media*. Traducción por José Gaos. Madrid: Alianza, p. 17].

macabras obras pictóricas de Peter Brueghel, el Bosco o el sevillano Valdés Leal.

Pese a las iras de algunos intelectuales que clamaban contra la injusticia social y el atentado a la más pura moral cristiana que suponía la desigualdad,<sup>172</sup> lo cierto era que estaba generalmente admitida la idea de la necesidad de un buen orden y armonía dentro de la sociedad y de la obligatoriedad de la existencia de una minoría dirigente que garantizara ese deseable equilibrio y que permitiera el desarrollo de un buen gobierno. Además, los propios contemporáneos eran muy conscientes de que la desigualdad conllevaba inevitablemente el afán por la superación personal, que es “lo bueno para el buen orden de la República.”<sup>173</sup> La general aceptación –al menos para la vida terrenal– de tamaña desigualdad implicaba la existencia de hecho y de derecho de miembros de la sociedad con atributos de superioridad sobre la masa de “hombres del común”.<sup>174</sup> Así pues, existía una estructuración jerárquica dentro de la sociedad y una minoría de privilegiados que se elevaba en múltiples aspectos sobre los que no gozaban de tales prerrogativas. Privilegio es una palabra clave para comprender el concepto de superioridad social de la nobleza, así como para definir el denominador común –casi único– que hace de este grupo social un conjunto de miembros con una cierta homogeneidad.

Tal sociedad es también llamada sociedad de órdenes o de estados, que se caracteriza fundamentalmente porque configura un modelo social jerarquizado, basado en la desigualdad, en diferentes estratos o estamentos compartimentalizados, pero no rigurosamente cerrados, que

---

<sup>172</sup> Por ejemplo A. LÓPEZ DE VEGA, que en su *Heráclito y Demócrito de nuestro siglo Diálogos morales sobre tres materias, la nobleza, la riqueza y las letras* (Madrid, 1641), dentro del tono filosófico y moral de toda la obra, denuncia –en boca de su personaje Heráclito– la tremenda injusticia de la desigualdad como principio contrario a la naturaleza humana y al propio cristianismo, se dirigen casi siempre, en tono velado e irónico, contra los hidalgos.

<sup>173</sup> Biblioteca Nacional, ms. 2364, fol. 88-93.

<sup>174</sup> La definición de nobleza que daría GUARDIOLA, en su *Tratado de nobleza y de los títulos y dítados que oi día tienen los varones y grandes de España* (Madrid, 1591), es muy interesante a este respecto: “... es una calidad... mediante la qual se demuestra accepto y agradable. Más que todos los honestos plebeyos”.

confieren unos determinados privilegios y obligaciones para sus miembros de acuerdo con la consideración social y, más explícitamente, con la específica reglamentación jurídica que tienen asignada.<sup>175</sup> El concepto de “estado” no solo tiene más valor, sino también una significación mucho más amplia. En general, se considera un estado toda agrupación, toda función, toda profesión, hasta el punto de haber podido existir junto a la división de la sociedad otra división en doce.<sup>176</sup> La idea de la organización de la sociedad en “estados” penetra, pues, en la Edad Media en todas las especulaciones teológicas y políticas hasta sus últimas fibras. No se limita, en absoluto, a la consabida trinidad: clero, nobleza y tercer estado.

Así las cosas, *estát* y *ordre* abrazan en el Medievo un gran número de agrupaciones humanas que son muy heterogéneas para nuestro modo de pensar: los estados en el sentido de nuestras clases sociales, el estado de matrimonio junto al estado de soltería, el estado de pecado –*etát de pechié*–, los cuatro *estáts de corpe et de bouche* –estados de la boca y del cuerpo– de la corte: *panetiers*, escanciadores, trinchantes y maestros de cocina; las órdenes sacerdotales –presbítero, diácono, subdiácono, etc.–, las órdenes monásticas, las órdenes militares.<sup>177</sup> Lo que para el pensamiento medieval confiere unidad al concepto de “estado” o de “orden” en todos estos casos, es la creencia de que cada uno de estos grupos representa una institución divina, es un órgano de la arquitectura del universo, tan esencial y tan jerárquicamente respetable como los tronos y las dominaciones celestiales de la jerarquía angélica.<sup>178</sup>

---

<sup>175</sup> MORALES MOYA, A. (1983) en *Poder político, economía e ideología en el siglo XVIII español: La posición de la nobleza*. Madrid: Editorial de la Universidad Complutense, p. 714-721, nos proporciona un clarificador y, en nuestra opinión, acertado análisis sobre la consideración de la nobleza española como estamento y como clase. CHAUNU, P., por su parte, afirma: “La nobleza n’est pas une classe au sens strict, mais les divisions au sein de la noblesse sont des divisions de classe” [Cfr. “La société espagnole au XVIIe siècle. Sur un refus collectif de mobilité”, en *Bulletin Hispanique* 78 (1966) nº 1-2, p. 104-115].

<sup>176</sup> POLLARD, A. (1920). *The Evolution of Parliament*. London: Longmans, Green and Company, p. 58 ss.

<sup>177</sup> HUIZINGA, *op. cit.* p. 77.

<sup>178</sup> *Vid.*, la nt. 36

### II. 3. Edad Moderna

Tampoco puede sorprendernos que, de acuerdo con estas premisas, el tratamiento y el ceremonial, al llevar consigo la constatación externa de la pertenencia a un determinado *status*, fuera cuestión fundamental en el Antiguo Régimen. La observancia puntillosa de estos modos de encasillar a las personas de acuerdo con su rango, que a nosotros nos puede parecer ridícula, era una realidad social tan importante época que daba origen en muchas ocasiones a innumerables peticiones y disputas por el uso indebido de “vuestra merced” o su “ilustrísima”, o una reverencia a destiempo. El ceremonial –según las estrictas normas de la etiqueta– obviamente se hacía más ostensible y riguroso en la Corte, donde cada uno tenía perfectamente asignados su dignidad y su puesto.<sup>179</sup>

Como ha apuntado el ilustre sociólogo Salustiano del Campo,<sup>180</sup> realeza significa magnificencia, excelencia, generosidad. Rodeada de pompa, esplendor y ceremonia, la persona del rey se convierte en símbolo y simboliza. En símbolo polivalente con funcionalidad múltiple y con plurales radiaciones expresivas. Corporeiza de forma visible un síndrome moral, un principio aglutinador abstracto. Era rey y representaba a cada uno de los reinos. Es una imagen –la real– centralizadora y estabilizante que fusiona la sociedad fragmentada.

La divinización de la realeza austríaca puede apreciarse mejor si observamos a los cortesanos en acción ritual en el palacio, en la apoteosis del rey. El protocolo, la etiqueta, el comportamiento formal y

---

<sup>179</sup> Un curioso ejemplo de entre los múltiples que podríamos consignar: como los grandes no se podían cubrir en el interior del cuarto real o en la audiencia particular que el rey les diera, Don Francisco de Melo, gobernador de Flandes, que tenía la pretensión de ser grande de España, siempre que lo necesitó pidió hablar con el rey (para no sufrir el “despecho” de tener que cubrirse donde los grandes no lo hacían) en audiencia en la Galería (en lo más interno de las habitaciones reales; sólo dos estancias antes de donde se viste el monarca. [Cfr. CARRILLO, A. (1657). Origen de la dignidad de grande de Castilla, preeminencias de que gozan en los actos públicos, y palacio de los Reyes de España. Madrid, fol. 33].

<sup>180</sup> DEL CAMPO, S. (1992) *Contestación al discurso de ingreso de C. Lisón Tolosana en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. Madrid: Akal, p. 217.

solemne reconoce y activa la sociedad encarnada en el cuerpo resplandeciente del monarca. El protocolo riguroso y la ceremonia escenifican y reproducen cotidianamente, en cada acto oficial, su deificación, el menos por analogía. El modo de conducirse el rey, sus vestidos y manera de hablar, su estilo, su encubrimiento, su distanciamiento y compostura, le hacen diferente, le colocan aparte, separado, y a ello ayudan las cortinas, las alfombras, los baldoquines, los estrados y el trono, todos los cuales –juntamente con los tabúes que le rodean– transmiten la idea de un tesoro en un relicario, conforman una imagen única de poder místico y esencia deífica.<sup>181</sup>

### II. 3. a) Introducción al “Uso de Borgoña” por Carlos I

La corte es el lugar donde con más plenitud pueden desplegarse las formas estéticas de la vida. Es sabido cuánta importancia concedían los duques de Borgoña a todo lo que se refería al esplendor y brillo cortesanos. Después de la gloria guerrera, dice Chastellain,<sup>182</sup> es el brillo de la corte lo primero en que se pone la mira y cuya regulación y buen orden son de suma necesidad. Olivier de la Marche, el *maestre* de ceremonias de Carlos el Temerario –bisabuelo de nuestro Carlos I– escribió, a requerimientos del rey Eduardo VI de Inglaterra, su tratado sobre la brillantez de la corte ducal borgoñesa, recomendando al rey inglés que imitase aquel modelo de vida ceremoniosa y de etiqueta.<sup>183</sup> De Borgoña heredaron los Habsburgo la vida de corte pomposa y elegante y la trasplantaron a España y Austria, cuyas cortes han sido sus baluartes hasta el primer tercio del siglo XX. La corte de Borgoña era universalmente celebrada como la más rica y mejor ordenada de todas. Principalmente, Carlos el Temerario, un hombre imbuido del más

---

<sup>181</sup> *Ibid*, p. 217-218..

<sup>182</sup> CHASTELLAIN, G. (1883-1866) *Oeuvres* (ed. Kervyn de Lettenhove), V, Bruselas, p. 364.

<sup>183</sup> DE LA MARCHE, O. (1883-1888). *Mémoires* (ed. Beaune et d'Arbaumont), París, IV, p. CXIV.

estricto espíritu de disciplina y regularidad y que, sin embargo, no dejó tras de sí más que desorden, tenía una verdadera pasión por la vida sometida a reglas fijas de protocolo. Dos o tres veces por semana daba, después de la comida, una audiencia pública, en la cual cualquiera podía acercársele y exponer sus peticiones. Todos los nobles de la casa debían estar presentes y ninguno osaba faltar. Separados cuidadosamente según su rango, permanecían sentados a ambos lados del paso libre que conducía a la elevada silla del duque. Arrodillados a sus pies estaban los dos *maitres de requestes*, el *audiencier* y un secretario, que leían los memoriales y los despachaban como quería el príncipe. Detrás de unas balaustradas que rodeaban la sala, permanecía en pie el personal inferior de la corte. Era por su aspecto –dice Chastellain<sup>184</sup> *une chose magnifique et de grand los* (“algo magnífico y digno de alabanza”).

Las ordenanzas relativas a la ordenación jerárquica de la corte son de una exhuberancia rabelesiana, cuando tratan de las comidas y de la cocina. La mesa de Carlos el Temerario con todos sus servidores –*panetiers*, trinchantes, escanciadores, *mestres* de cocina, cuyas funciones estaban reguladas con una severidad casi litúrgica–, semejava la representación de un grande y grave espectáculo. La corte entera comía en grupos de diez, en cubículos separados, servidos y atendidos como el señor, todo cuidadosamente ordenado conforme al rango y la clase. La *Marche* plantea a sus lectores importantes cuestiones de jerarquía y de etiqueta: “¿Por qué los *panetiers* y los escanciadores ocupan, respectivamente, el primero y segundo rangos, por encima de los trinchantes y de los cocineros? Porque sus cargos se refieren al pan y al vino, cosas santas glorificadas por la dignidad del sacramento”.<sup>185</sup> Como se ve, existe una efectiva relación entre la esfera de la fe y la de la etiqueta cortesana. No cabe insistir bastante en que aquel aparato de exquisitas y nobles formas de vida alberga un elemento litúrgico que ha elevado el valor de las mismas a una esfera cuasi religiosa.

<sup>184</sup> CHASTELLAIN, *op. cit.*, V, p. 370.

<sup>185</sup> DE LA MARCHE, O. *Etat de la maison du duc Charles de Bourgogne* (ed. Matthaeus), en *Analecta*, I, p. 357 ss.

Solo este elemento puede explicar la extraordinaria importancia que, más allá de la última Edad Media, se ha concedido siempre a todas las cuestiones de jerarquía y ceremonial. No tiene, pues, nada de extraño que en el antiguo Imperio ruso, antes de los Romanov, la lucha por un lugar precedente cabe al trono condujese a la creación de un departamento concreto de la Administración del Estado. Las monarquías occidentales del Medievo no llegaron tan lejos, pero también en ellas representa un gran papel la envidia causada por dicha precedencia. Fácil sería amontonar los ejemplos.

En orden a las penas, los hidalgos estaban exentos de sufrir las corporales infamantes, entendiéndose por tales no la pena de infamia propiamente dicha, sino aquellas que la doctrina llamaba *corporis afflictiva* (azotes, galeras, vergüenza pública, mutilaciones) y que por su naturaleza provocaban en el así penado una disminución o pérdida de su pública fama.<sup>186</sup> Tampoco se les podía imponer la pena de muerte en su forma de ejecución tenida por más vil o deshonrosa, que era la de horca. Excluidas estas penas, solo quedaban como posibles para aplicar a los nobles las pecuniarias, presidios, destierro, la de servir en el ejército real y la muerte en forma no vil. Así las cosas, incluso en el cadalso eran observados rigurosamente los honores debidos al rango y a la clase. Las ejecuciones de los nobles se efectuaban con pompa. El cadalso se cubría con paños negros y se encendían hachas y blandones, el entierro del cadáver se hacía solemnemente.<sup>187</sup> No obstante, y por lo que respecta a España, hubo notables e incluso altos personajes que fueron ejecutados e inhumados tan austera y pobremente como los más pobres malhe-

---

<sup>186</sup> Vid, al respecto, TOMÁS Y VALIENTE, F. (1992). *El Derecho penal de la monarquía absoluta*. Madrid: Tecnos, p. 319 ss.

<sup>187</sup> El patíbulo del connétable de Saint Pol está ricamente adornado con lirios marchitos; el almohadón para orar y el paño para los ojos son de terciopelo carmesí, y el verdugo es un individuo que no ha ejecutado nunca a nadie, privilegio algo dudoso para el condenado. [Cfr. MOLINET, J. (1827-28). *Chronique* (ed. Buchon). Paris, I, p. 184].

chores.<sup>188</sup> Con todo, lo normal, en la inmensa mayoría de los casos, fue que el noble fuese castigado con destierro y pena pecuniaria o a lo sumo a servir cierto número de campañas en un ejército del rey.<sup>189</sup> Covarrubias, por no citar más que a un autor en una cuestión en la que están todos de acuerdo, resume la opinión de los doctores italianos e indica que la pena corporal no se puede imponer a los nobles, y que atendiendo a la cualidad de las personas es justísimo cambiar para los nobles las penas corporales en pecuniarias o de destierro.<sup>190</sup>

Goethe escribió: “No hay ningún signo externo de cortesía que no tenga una profunda razón de ser moral”. El sentimiento del honor es tan fuerte que una falta contra la etiqueta hiere como una ofensa moral –lo mismo que aún hoy en muchos pueblos orientales– porque echa por los suelos la bella ilusión de una vida propia elevada y pura, ilusión que sucumbe siempre ante la desnuda realidad. Es para Juan Sin Miedo causa de una vergüenza inextinguible el que *Capeluche*, el verdugo de

---

<sup>188</sup> Don Álvaro de Luna, ejecutado en Valladolid en 1452, fue decapitado en un mezquino cadalso; su cabeza, colocada en un garabato de hierro, estuvo expuesta nueve días, y su cuerpo enterrado de limosna en un cementerio de ajusticiados. Otra célebre ejecución, cuyo recuerdo ha perdurado durante siglos, fue la de Don Rodrigo Calderón, ajusticiado en 1621, que murió con increíble entereza. Su cadáver desnudo fue depositado en un miserable ataúd sin cubierta, y con orden de que nadie lo acompañara fue enterrado por unos frailes carmelitas [Cfr. CUELLO CALÓN, E. (1973). *La moderna penología*. Barcelona: Bosch, p. 231]. Todavía en el Portugal de Siglo de Las Luces, concretamente en 1758, fueron suplicidos y ejecutados los nobles portugueses Marqués de Tavara, sus hijos, su mujer y el Duque de Aveiro, comprometidos en el atentado contra el rey José I [Relación del suplicio recogida de un testigo presencial en GONZÁLEZ NANDÍN, S. (1872). *Estudios sobre la pena de muerte*. Madrid: J. Morales, p. 72 ss].

<sup>189</sup> Esta disminución del rigor punitivo con los nobles se observa en multitud de pasajes de los autores, bien en enunciados generales o con referencias a casos muy concretos. Por ejemplo, CASTILLO DE BOVADILLA, J. (1750). *Política para Corregidores y señores de vasallos*, II, Amberes, cap. XIII, núm. 21; ACEVEDO, J. (1607). *Consilia Doctoris... post eius obitum perfecta atque congesta per J. Acevedo, authoris filium*. Valladolid, XXIX, fol. 183 vto. A 189 vto., núms. 20 y ss. (“nobilitas minuit poenam ordinariam”); GÓMEZ, A. (1780) insiste en que si hay que encarcelar a los nobles ha de ser “in loco honesto et separato, secundum qualitatem personam” [Cfr. *Variae resolutiones juris civilis, communis et regii* 3, Madrid, cap. 3, núm. 2].

<sup>190</sup> COVARRUBIAS, D. (1758). *Opera omnia*, II. Salamanca: Universidad de Salamanca, cap. IX, p. 210-211.

París, que con gran pompa se cruza a caballo con él, le haya saludado como si fuera un simple caballero y haya rozado su mano; solamente la muerte del verdugo puede borrar esta afrenta. En el banquete de gala que se da el día de la coronación de Anjou, reclamando el puesto que le correspondía como *doyen des pairs*, sus respectivos séquitos intervienen el punto con voces y amenazas con decidir la discusión con violencia, hasta que el rey la acalla accediendo al deseo del borgoñón.<sup>191</sup> Ni siquiera en las graves circunstancias de la guerra se toleran las faltas contra las formas. Está universalmente difundida en el mundo anglosajón la anécdota –magistralmente relatada por Shakespeare en su *Henry the Fifth*– de que la entrega al joven rey Enrique de un juego de pelotas de tenis a guisa de presente por un heraldo del delfín de Francia, motivó el desembarco en territorio francés de un ejército inglés y la estrepitosa derrota de las huestes galas en la batalla de Azincourt, una de las más sangrientas de la Guerra de los Cien Años.<sup>192</sup> A propósito de este inacabable conflicto bélico, el cronista contemporáneo Froissart nos refiere que un jefe del ejército inglés manda al parlamentario de la asediada Sens que vaya primero a afeitarse.<sup>193</sup>

El 15 de agosto de 1548, a la hora del almuerzo y después de seis meses de ensayo y preparación, fue introducido en la Corte del príncipe Felipe el estilo y uso de la Casa de borgoña; el cambio, no bien recibido por los castellanos ni por las cortes, había sido ordenado un año antes por el emperador. Éste, después de su triunfo en Mühlberg de 1547, piensa que ha llegado el momento de presentar a su heredero en los

---

<sup>191</sup> HUIZINGA, *op. cit.*, p. 63-64, con abundosa literatura medieval al respecto.

<sup>192</sup> “Rey Enrique... decid también a ese príncipe placentero, que su burla ha cambiado sus pelotas en piedras de cañón; y que su alma quedará dolorosamente impresionada por la terrible venganza que volará con ellas; porque su burla burlará a buen número de viudas de sus queridos esposos, o madres de sus hijos, a castillos de sus murallas, y todavía están por engendrar y nacer los que tendrán motivo para maldecir el insulto del delfín” [SHAKESPEARE, W. (1967). “La vida del Rey Enrique V”, acto I, escena 2ª, en *Obras Completas*. Traducción por Astrana Marín. Madrid: Aguilar, p. 522].

<sup>193</sup> Cito por la versión española de FROISSART, C. (1988). *Crónicas* (ed. Cirlot-Ruiz Doménech). Madrid: Siruela, p. 121 ss.

Países Bajos con la *pompa vel ostentationem burgundiorum*, mucho más rica en magnificencia y esplendor que la sobria y austera castellana.<sup>194</sup>

El príncipe Felipe debía pulirse a lo borgoñón para producir inmejorable impresión personal en su recorrido por Flandes. Con ello se reforzó la vigencia del honor caballeresco hasta hacer de los nobles castellanos los europeos más puntillosos y obsesionados por las reglas de distinción personal y precedencia.

Según el ritual impuesto en la corona española por sus ancestros de Borgoña, las etiquetas y ceremonias reguladoras eran estructuralmente necesarias en un grupo de semejantes pero no iguales: diferencias sutiles de forma, estilo, modo, acción, cargo o uniforme debían marcar el rol propio, coeficiente exacto de la especificidad dentro de un espacio común. A ninguno se le puede confundir o amalgamar y, menos que nadie, al rey que todo lo preside desde el puesto culminante de la pirámide jerárquica. Cada uno en su puesto, según su *status* y *situs* en la jerarquía palatina, así es acreedor de una exacta correspondencia de la dignidad, privilegio y poder. Toda la vida de la Corte está regida con precisión desde que se levanta el rey hasta que se acuesta. El detalle protocolar dirige la vida del monarca y la del último pinche de cocina. La ceremonia protocolaria deviene en necesaria, indispensable, inherente a la nobleza que “la ha hecho Dios”. El cortesano —dijo Núñez de Cas-

---

<sup>194</sup> “El emperador, en un momento cumbre de su política acordó, con el parecer del Duque de Alba ordenar la casa de Felipe al uso de Borgoña.” La cita la tomó de DE LA VÁLGOMA, D. (1958). *Norma y ceremonia de los reinos de la Casa de Austria*. Madrid: Real Academia de la Historia, p. 24; Vid., también, PFANDL, “Philipp II und die Einführung der burgundischen Hofzeremoniells in Spanien”, en *Historisches Jahrbuch* 58 (1038). Para LISÓN TOLOSANA, el emperador quizá recordó el humillante ceremonial a que le sometieron en la Seo Zaragozana y la decepcionante impresión que el produjo su llegada a Asturias en 1517, donde desembarcó acompañado de la suntuosa Corte de Borgoña que llenaba cuarenta naves. La *joyeuse entrée* se la dieron unos desarrapados lugareños desconfiados que, temiendo lo peor, salieron a defenderse con palos y cuchillos. El elegante cortejo borgoñón encontró la comida detestable, los alojamientos horribles y las comunicaciones pésimas. En cuanto al trato, etiqueta y ceremonial castellanos les parecieron toscos, poco refinados, excesivamente severos y un tanto incultos, como los nobles con los que trataban que ignoraban el francés y el latín [Cfr. LISÓN TOLOSANA, C. (1992). *La imagen del Rey. Monarquía, realeza y poder ritual en la Casa de los Austrias*. Madrid: Espasa Calpe, p. 115].

tro en frase feliz—<sup>195</sup> debe saber puntualmente el *Levítico* (libro bíblico de ritos) de su príncipe “porque en lo político es la noticia de estas etiquetas, lo que en lo sagrado la de los Preceptos”. El noble invitado en especial circunstancia comer con el rey sabe que no puede cubrirse, que debe ocupar una esquina de la mesa y que no puede beber hasta que lo haya hecho su señor.

Cabría traer a colación *ad infinitum* la casuística de este multiseccular puntillismo protocolario, especialmente exacerbado en España durante los tres siglos de dominación de la dinastía habsbúrgica. Simplemente a título ejemplificativo y, a mayor abundamiento, porque tuvo lugar en el Santiago de 1606 entre el arzobispo D. Maximiliano de Austria y la Real Audiencia de Galicia. Conflicto del que nos hemos ocupado en otras sedes<sup>196</sup> y que —como en su día indicamos— mucho tuvo que ver con la consolidación de La Coruña como capital de la Galicia del Antiguo Régimen.<sup>197</sup> Convenimos con Martínez-Barbeito que si bien en aquel pleito hubo empecinamiento reaccionario por parte de la Audiencia en defender necias prerrogativas protocolarias, desde el punto

<sup>195</sup> NÚÑEZ DE CASTRO, A., (1698). *Libro histórico político, solo Madrid es corte*. 4ª reimpresión. Madrid, p. 428-429.

<sup>196</sup> Cfr., al respecto, RODRÍGUEZ ENNES, L. (1999). *Aproximación a la Historia Jurídica de Galicia*. Santiago de Compostela: Junta de Galicia, p. 81, nt. 172; *Ibid.* (2000). *Historia do Dereito de Galicia*. Vigo: Universidad de Vigo, p. 66 ss.

<sup>197</sup> Los hechos nos son relatados por LÓPEZ FERREIRO en los siguientes términos: “Bien es verdad que los Oidores, cuando venían a Santiago, aunque no fuera más que de paso, asientan sus tribunales con alguaciles y escribanos y conocen de todas las causas civiles y criminales, en mucha y en poca cantidad, en primera y segunda instancia contra cualesquiera personas (...) sueltan presos y gobiernan la ciudad como jueces ordinarios y advocan en sí las causas que les parece y usan de la jurisdicción como si fuese suya sin hacer caso de las justicias puestas por el Arzobispo. De tal modo se fue agriando y enzarzando la cuestión que el Arzobispo publicó entredicho en tres leguas alrededor de La Coruña y de Santiago, y excomulgó a los Oidores. A su vez la Audiencia puso Juez en la ciudad de Santiago, desterró al Fiscal de Inmidades y al Alguacil Mayor y embargó bienes del Arzobispo por valor de mil cuatrocientos ducados. Llegadas las cosas a este punto D. Maximiliano juzgó que estaba en el caso de poner en conocimiento del Rey, todo lo que pasaba, y pedirle personalmente que hiciese justicia. Felipe III, dictó una Real Provisión el 5 de febrero de 1607 en la que ordena a las autoridades eclesiásticas el levantamiento de los entredichos y censuras que hubiesen puesto y absuelven a todos los que por estas causas estuviesen excomulgados libremente y sin costa alguna. Asimismo mandó guardar las leyes acerca del Auto Ordinario de la Audiencia.” [Cfr. LÓPEZ FERREIRO, A. (1907). *Historia de la Santa A. M. Iglesia de Santiago de Compostela*, IX, Santiago: Imp. y Enc. del Seminario Conciliar Central, p. 18 ss].

de vista de sus alegaciones en pro de conservar el “Auto Gallego” como salvaguarda de los derechos de todos frente a los de algunos, tendía a mejorar la administración de justicia y contradecía el mantenimiento de las situaciones privilegiadas.<sup>198</sup>

### **II. 3. b) Luis XIV y los Borbones españoles**

Las ceremonias públicas van a seguir informando de un modo peculiar acerca del poder y su imagen durante los siglos finales del Antiguo Régimen. Se trata de festejos que llevan una fuerte carga ejemplificadora y una gran dosis de didactismo, con el fin de proyectar sobre la sociedad un perfil rústico y sin contradicciones del poder y la autoridad. Con el Rey Sol, Luis XIV, introductor de la dinastía borbónica en España, va a alcanzar el cenit de su plasmación el pensamiento maquiavélico de que “el príncipe debe entretener al pueblo en las épocas convenientes, con fiestas y espectáculos (...) teniendo siempre asegurada, no obstante, la magnificencia de su dignidad, porque esto no puede faltar nunca en cosa alguna”..<sup>199</sup> Razón por la cual –el propio Ludovico Magno, como así se intitulaba– se mostró decidido partidario del ceremonial público y cortesano, en el que veía algo más que meros detalles protocolarios. Se trataba del reflejo, expresión y defensa de los privilegios que correspondían a las autoridades y sectores sociales implicados.<sup>200</sup> Voltaire, en su excelente *Le Siècle de Louis XIV*,<sup>201</sup> nos refiere que “los reyes de Francia querían preceder, por lo menos, a las demás potencias de Eu-

---

<sup>198</sup> MARTÍNEZ BARBEITO, C. (1984). *El “Auto Gallego”; en los tratadistas y en la práctica forense*. La Coruña: Ediciones do Castro, p. 29-30.

<sup>199</sup> MAQUIAVELO, N. (1988). *El Príncipe* (ed. Martínez Aragón). Madrid: Alianza, p. 95. Más información en SANTAELLA LÓPEZ, M. (1990). *Opinión pública e imagen política en Maquiavelo*. Madrid: Alianza.

<sup>200</sup> LUIS XIV, *Memorias*, cit. por ELÍAS, N. (1982). *La sociedad cortesana*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 160.

<sup>201</sup> VOLTAIRE (1954). *Le Siècle de Louis XIV*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 74 ss. Cito por la traducción española de Nélida Orfila.

ropa. Alegaban en su favor el nombre de muy cristiano”. Los reyes de España oponían el título de “católico”, y desde que Carlos Quinto tuvo a un rey de Francia prisionero en Madrid, la soberbia española ni remotamente quería ceder ese rango. Estas pretensiones se debatían antiguamente en Roma. Los papas, que daban los estados por una bula, se creían con mayor razón en el derecho de decidir el rango entre las coronas. Esta corte a lo que todo se le va en ceremonias, eran el tribunal donde se juzgaban esas vanidades de la grandeza.

La disputa entre Francia y España estaba indecisa: un paso de más o de menos en una procesión, un sillón colocado cerca de un altar, o frente al púlpito de un predicador, eran triunfos y establecían títulos para la preexistencia.

El puntillo de honor se extremaba entonces a este respecto entre las coronas, como el furor de los duelos entre los particulares. Ocurrió –sigue escribiendo el más egregio de los ilustrados– que en 1661 al entrar en Londres un embajador de Suecia, el conde de Estrades, embajador de Francia, y el barón de Vatteville, embajador de España, se disputaron el paso. El español, con más dinero y con séquito más numeroso, se ganó al populacho inglés: primero hizo matar los caballos de las carrozas francesas y luego la gente del conde de Estrades, herida y dispersada, dejó marchar en son de triunfo a los españoles. En 1662, Luis XIV, informado del insulto, llamó a su embajador en Madrid, hizo salir de Francia al de España, anuló las conferencias que se realizaban todavía en Flandes con motivo de los límites, y comunicó a su suegro –y tío– Felipe IV que si no reconocía la superioridad de la corona de Francia y no reparaba la afrenta con una satisfacción solemne, volvería a empezar la guerra. Felipe IV no quiso hundir a su reino en una nueva guerra por la precedencia de un embajador, y envió el conde de Fuentes a declarar al rey, en Fontaineblau, en presencia de todos los ministros extranjeros que estaban en Francia, “que los ministros españoles no concurrirán en adelante con los de Francia”. A partir de entonces, Luis XIV adquirió con su firmeza, una superioridad real en Europa e hizo

ver cuán terrible era”.<sup>202</sup>

Constituía lugar común en el siglo XVIII observar que el fasto tenía una función política. Daba *éclat* al rey. *Éclat* era otra palabra clave de la época, con significados que iban desde el “relámpago” al “trueno”, pero siempre refiriéndose a algo inesperado e impresionante. El fasto se consideraba impresionante, en el sentido literal de que dejaba una “impresión” en los espectadores como un sello en un pedazo de cera. En este sentido, Colbert decía del palacio del Louvre que imprimía respeto en los pueblos del mundo.<sup>203</sup> El propio Luis explicaba al Delfín que los festivales gustaban a los súbditos y daban a los extranjeros “una impresión muy útil de magnificencia, poder, riqueza y grandeza”.<sup>204</sup> Bossuet usaba palabras análogas cuando en su tratado sobre política, señalaba que la corte de un monarca es “deslumbradora y magnífica” –*éclatante et magnifique*– para que los pueblos lo respeten.<sup>205</sup> Un teórico social como Montesquieu, que se crió en el reinado de Luis XIV, afirmaba algo parecido: “El fasto y esplendor que rodean a los reyes forman parte de su poder”.<sup>206</sup> Resulta tentador ir más lejos y hablar del “Estado espectáculo” el Rey Sol. La frase –aunque de progenie moderna–<sup>207</sup> habría gustado sin duda a los contemporáneos de Luis XIV, que estaban acostumbrados a ver el mundo como un escenario. Luis mismo

---

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 75-76.

<sup>203</sup> “Toute la structure imprime le respect dans l’esprit des peuples” [Cfr. CLÉMENT, P. (ed.) (1868). *Lettres, instructions et mémoires de Colbert*. París: Kessinger Publishing, Tomo 5, p. 246]. La referencia es probablemente a los pueblos de Europa, y no solo al francés.

<sup>204</sup> “Une impression très avantagense de magnificence, de puissance, de richesse et de grandeur” [Cfr. LONGDON, J. (ed.) (1927). *Louis XIV, Mémoires* (reimpr. en 1983). París: Jules Tallandier, p. 22 ss.

<sup>205</sup> “Pour imprimer aux peuples un certain respect” [Cfr. BOSSUET, J. (1967). *Oraisons funébres* (ed. Trousset), Libro 10, París: Pierre Cot].

<sup>206</sup> “Le faste et le splendeur qui environnent les rois font une partie de leur puissance.” [Cfr. MONTESQUIEU, C. (1973). *Oeuvres*. París: Gallimard, p. 58].

<sup>207</sup> El concepto de “Estado espectáculo” fue propuesto hace unos veinte años por el antropólogo norteamericano CLIFFORD GEERTZ en su influyente estudio sobre el Bali decimonónico Negara: *The Theater State in Nineteenth-Century Bali* (Princeton: Princeton University Press, 1980).

utilizó la metáfora alguna vez.<sup>208</sup> El Duque de Saint-Simon, quizás el más conspicuo memorialista del reinado, usó constantemente términos como *comédie* y *scène* en sus descripciones de la corte.<sup>209</sup> Más de uno de los sermones pronunciados con ocasión de la muerte del rey se refirieron a su vida como un gran “espectáculo”.<sup>210</sup>

El ritual, especialmente, se veía como una especie de drama que tenía que escenificarse para fomentar la obediencia. Un estudioso alemán, Johann Lüning, que publicó un análisis general sobre las ceremonias públicas en 1719-1720, lo llamó *Theatrum Ceremoniale* y explicó que este tipo de teatro era necesario porque “entre la gente corriente... las impresiones físicas tienen un efecto mayor que el lenguaje que se dirige al intelecto y la razón”.<sup>211</sup> En las memorias de Luis se sostiene algo parecido.<sup>212</sup> Los análisis de la importancia del ritual en la política contemporánea se basan en supuestos análogos. Esta proyección se plasma en la presentación de unos valores que dignifican, ensalzan y engrandecen a la monarquía y al rey en primer lugar, a las autoridades eclesiásticas y a los poderes e instituciones civiles. Esta acción propagandística de las ceremonias públicas se apuntala –sobre todo en épocas turbulentas– con la presentación de aquellos contravalores que ponían en entredicho los fundamentos del sistema político y social. Así, frente al orden se contraponen el desorden, frente a la justicia la arbitrariedad, frente a la ortodoxia la heterodoxia. Claro está que lo que sea cada uno de estos valores y contravalores, depende de quién organice las ceremonias en cada caso.

---

<sup>208</sup> La primera vez que vio a la Duquesa de Borgoña –que a la sazón tenía once años– Luis comentó a Madame de Maintenon que cuando le llegara el tiempo de representar su papel en el escenario de la corte, lo haría con gracia y encanto [“Quand il faudra un jour qu'elle réprésente, elle sera d'un air et d'une grace á charner”. Cfr. GAXOTTE, P. (ed.) (1930). *Lettres de Louis XIV*. París: Tallandier, p. 104].

<sup>209</sup> SAINT-SIMON (1983-1988). *Memoires* (ed. Y. Couriralt), Vol. I, París, p. 714, 781 y 857

<sup>210</sup> KERTZER, D. (1988). *Ritual, Politics and Power*. New Haven-Londres: Yale University Press.

<sup>211</sup> LÜNING, J. *Theatrum Ceremoniale Historicum Politicum*. Leipzig: Bors & Mülle.

<sup>212</sup> LONGNON, *op. cit.*

Las ceremonias muestran junto a la imagen del poder, la de una estructura social. Las pautas por las que se rigen –apreciables en las normas y costumbres ceremoniales y protocolarias– expresan formas específicas de encuadramiento vecinal y de jerarquización institucional. En cierta manera, las ceremonias exteriorizan el modo en que se consideraba que debía organizarse la sociedad y cuáles debían ser los principios de tal organización. Se presentan así como un vehículo para la defensa de una serie de principios de carácter político y social, a los que también habría que añadir otros de perfil religioso e ideológico íntimamente asociados a los anteriores. Los ceremoniales y los protocolos de los desfiles procesionales, de las funciones cívicas y religiosas, no son en absoluto intrascendentes bajo esta perspectiva; obedecen a una graduación y jerarquización de la sociedad y de sus miembros, en conformidad con los criterios de la época.<sup>213</sup>

El modelo de la sociedad cortesana de Luis XIV puede resultar útil para la interpretación de las ceremonias del Antiguo Régimen ya que, con las debidas cautelas, aporta una serie de consideraciones que pueden trasladarse a los comportamientos y actitudes de las instituciones urbanas, de manera que las ceremonias y celebraciones públicas adquieren un sentido y un valor más profundo que la simple formalidad o aparato externo. La atención y el cuidado con que se preparaban las ceremonias y los pleitos que por su causa de suscitaban, deben entenderse con un modelo de autopresentación de las instituciones urbanas que se ejercían algún tipo de poder. Una autopresentación en la que la opinión del pueblo y de las demás instituciones desempeñaba un papel determinante, el poder y el prestigio de cada una dependía no solo de su capacidad objetiva de decisión, sino del refrendo del resto del cuerpo social.<sup>214</sup>

---

<sup>213</sup> LÓPEZ, R. (1955). *Ceremonia y poder a finales del Antiguo Régimen. Galicia 1700-1833*. Santiago: Universidad de Santiago de Compostela, p. 14 ss.

<sup>214</sup> ELÍAS, *op. cit.*, deben consultarse especialmente los capítulos V (“Etiqueta y ceremonial: conducta y mentalidad de hombres como funciones de la estructura de poder de su sociedad”, p. 107-158) y VI (“La vinculación del rey por la etiqueta y las oportunidades de prestigio”, p. 159-196). Un breve comentario de éste y otros trabajos sobre la materia, y de su situación en el contexto historiográfico, puede encontrarse en MOZZARELLI, C. (1993). “Príncipe e Corte. Porqué e cómo estudiar, hoje, a Corte?”. En *Penélope* 9-10, p. 225-229.

### II. 3. c) La Galicia del Antiguo Régimen

Por lo que hace a Galicia, la similitud formal de nuestras ceremonias con las de otros lugares próximos a la Corte, puede servir de argumento para afirmar la progresión del proceso de centralización del poder en el Antiguo Régimen o, lo que es lo mismo, del avance y consolidación del llamado Estado Moderno.<sup>215</sup> No obstante, tal avance se produjo en medio de las tensiones y las paradojas derivadas del mantenimiento de jurisdicciones menores, de privilegios y exenciones que en la práctica hacen del pretendido centralismo, incluso en el siglo XVIII, una referencia más nominal que real. Los roces y los enfrentamientos que se originaron en la organización y desarrollo de las ceremonias públicas son un reflejo de tales paradojas. Los diferentes protagonistas no parecen haber tenido ninguna dificultad para aunar esfuerzos y apoyar al monarca, pero no suelen mostrarse dispuestos a renunciar a sus prerrogativas y derechos, y tratarán de utilizar también en provecho propio las celebraciones públicas.

La organización y presencia en las ceremonias públicas son una ocasión que aprovechan las instituciones urbanas para destacarse ante las demás y los que asisten a los actos: “Conventos, parroquias, gremios y colegios, nobleza y cabildo, compiten en alcanzar el mayor lucimiento, con un orgullo corporacional que les enfrenta apasionadamente rompiendo la desidia y dejación cotidiana”. Estas luminosas palabras escritas por Mínguez Cornelles a propósito de los festejos valencianos dieciochescos son plenamente trasladables a la Galicia del período.<sup>216</sup>

---

<sup>215</sup> La bibliografía sobre el Estado Moderno es muy abundante y las diferencias entre los autores a veces abismales. A título únicamente indicativo, citamos los siguientes trabajos. CLAVERO, B. (1981). “Institución política y Derecho: acerca del concepto historiográfico de Estado Moderno”. En *Revista de Estudios Políticos*, 19, p. 43-57; *Ibid.* (1986). *Tantas personas como estados*. Madrid: Tecnos; FERNÁNDEZ ALBADALEJO, P. (1992). *Fragments de monarquía*. Madrid: Alianza; GONZÁLEZ ALONSO, B. (1987). “Del Estado absoluto al Estado constitucional”. En *Manuscripts*, 4-5 p. 81-90.

<sup>216</sup> MÍNGUEZ CORNELLES, V. (1987). “El festejo valenciano dieciochesco: arquitecturas, esculturas y decorados efímeros”. En *Saitabi*, 37, p. 256.

Esta pugna se refleja en el ámbito universitario<sup>217</sup> y de un modo bastante claro en el relato de la aclamación de Fernando VII en Lugo, en particular entre los gremios:

*Estas danzas las disponen  
de la ciudad quatro gremios  
y cada cual procuraba  
ser en todos aliños el primero  
Con que ya colegirán  
yendo cada cual a empeño  
que en competencia sería  
el lucir primoroso y con excesos<sup>218</sup>*

De la emulación es fácil pasar a la desconfianza y al enfrentamiento. Las causas que desencadenan estos conflictos son muy variadas, pero pueden resumirse en dos: las derivadas de la organización y desarrollo de las ceremonias y las derivadas del protocolo. Tanto en un caso como en otro, se trata de dejar claro el valor, derechos y preeminencias de la institución que se siente afectada ante la que se presume que es la ofensora, bien porque se extralimita en sus atribuciones inadvertida-

---

<sup>217</sup> La rivalidad amistosa parece ser la tónica dominante, por ejemplo, en la presentación y participación de la universidad y los colegios de Fonseca y San Clemente en los festejos por el embarazo de la reina María Luisa de Saboya: "No ha avido comunidad que no alentase el gozo en demostraciones siendo una de ellas la ilustre Universidad, Athenas numerosa de sabios, florido circo de ingenios, girasol tan del gusto de su monarca (...), contribuyendo amante rendidas sus opulencias. Emuláronse los dos Colegios aerópagos ilustres, en donde se crían sus hijos para oráculos. Uno fundación del gran Fonseca, príncipe excelso, que selló nuestros corazones con beneficios, y quien en estatuas de su grandeza, tiene en eterna veneración nuestra memoria. Y el otro edificio sumptuoso de el Ilustrísimo Señor Don Juan de San Clemente Torquemada, entonces vivo prodigio, y aora muerto admiración de las edades" [Cfr. *Gratitud sacra y festiva... en la... ciudad de Santiago por la feliz noticia del preñado de la Reyna nuestra señora D<sup>a</sup> María Luisa Gabriela de Saboya* (Santiago, 1707), p. 8-9].

<sup>218</sup> *Relación de las festivas demonstraciones que la... ciudad de Lugo... expresó sus júbilos en la aclamación... de... el señor Don Fernando VII* (Santiago, 1746), p. 3.

mente, o porque se piensa que actúa así de modo deliberado.<sup>219</sup> Lo que se disputa en estos casos no es solo una cuestión formal sino, sobre todo, una cuestión de poder y autoridad. Aquí radica la explicación de la gran disputa que en 1674 se entabló entre el Cabildo compostelano y la Real Audiencia, ocasionada porque los canónigos colocaron una corona en el túmulo levantado en las exequias del Conde de Lemos, Virrey del Perú, la Audiencia interpretó como corona real y, por tanto, fuera de lugar.<sup>220</sup> Otra muestra más de hasta qué extremos de radicalismo podía conducir el descuido de algún nimio detalle lo tenemos en la polémica que a finales de 1703 se entabla entre el Cabildo catedralicio compostelano –siempre ojo avizor en la defensa de su *status* privilegiado– y el Capitán General de Galicia, el Duque de Híjar, con ocasión de su visita a Santiago. El Cabildo envió a unos comisarios para que le saluden en su nombre, y se encontraron con que el Capitán General no salió a recibirles a la puerta, ni les preparó las sillas, tampoco dio el tratamiento requerido y no tuvo la delicadeza de acompañarles hasta la salida cuando se despidieron. Ante lo que el Cabildo consideró un atropello de su dignidad y autoridad y tomó el acuerdo de:

Que ningún señor capitular so pena de 200 ducados visitase ni cortexase a su S. E., ni al entrar en la yglesia se le sirviese el agua bendita, ni tocaren órganos ni chirimías, ni se le previniese tapete ni almohada, ni se le hiziesen los demás obsequios que se acostumbra a los señores Capitanes Generales y Grandes de España quando entan como particulares en la yglesia, hasta que diese al Cavildo la estimación que siempre ha gozado<sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup> Vale para el caso de explicación que Elías da de la importancia del ceremonial en la sociedad cortesana, aplicando a las instituciones urbanas lo que se dice de los cortesanos. Para éstos, los detalles de la etiqueta “no constituían en absoluto nimiedades, sino identificaciones directas de la existencia social, a saber del lugar que uno ocupaba efectivamente en la jerarquía de la sociedad cortesana. Subir o bajar en esta jerarquía significaba para los cortesanos –tanto como para el comerciante– ganancias o pérdidas en su negocio. Y la irritación de un cortesano ante la amenaza de ruina de su rango y su prestigio no era menor que la del comerciante ante la amenaza de perder su capital, o de un gerente o un funcionario ante la amenaza de perder las oportunidades de hacer carrera” (Cfr. *La sociedad cortesana, op. cit.*, p. 128).

<sup>220</sup> ACS, leg. 357, “1674 Honras por el Conde de Lemos, Virrey del Perú. Autos de la Audiencia de Galicia...”

<sup>221</sup> ACS, leg. 359, hoja suelta.

# Quintiliano y el lenguaje claro: ¿una propuesta de la retórica?

---

Por Gabriela Marta Alonsoperez<sup>222</sup>

## Resumen

El objetivo del trabajo es investigar el principio presentado por Quintiliano, “el primer requisito de la elocuencia es la claridad”, como valor de la retórica y cómo esta idea, planteada en la Antigüedad, se transforma hoy en el eje del lenguaje claro.

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

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”.<sup>223</sup>

La claridad en el discurso es primordial para asegurar una buena comunicación y que el ciudadano entienda lo que dispone el Estado en sus sentencias y leyes.

---

<sup>222</sup> Profesora regular adjunta en la asignatura Instituciones de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires.

<sup>223</sup> PLAIN (Plain Language Association International) <https://plainlanguagenetwork.org/plain-language/que-es-el-lenguaje-claro/>.

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

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

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

**Palabras Clave:** Quintiliano; retórica; lenguaje claro

## I. Quintiliano y su obra

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

En el año 88, aproximadamente, se retiró de la enseñanza para escribir su gran obra destinada a la preparación del orador, 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 estudio de toda Europa.

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

de cinco de años. Su obra es la razón para seguir viviendo y con ella ya no busca el provecho propio “sino que todo este esfuerzo mira a las muchas utilidades de los otros”.<sup>224</sup>

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

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

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

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

El libro III expone la historia del nacimiento de la disciplina, una biografía breve de los principales oradores, y trata sobre los géneros y sobre las partes de la causa: son los elementos del proceso civil y penal cuya exposición continúa en los 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

---

<sup>224</sup> ALONSO ROCAFORT, V. (2008). “Marco Fabio Quintiliano y la retórica democrática.” En *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Vol. 13, Nº 43. Disponible en: [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1315-52162008000400004](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-52162008000400004).

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*, por su parte, 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.<sup>225</sup>

El libro XII trata no solamente del modo de decir, sino también de las costumbres del orador.<sup>226</sup>

Según María del Carmen García Tejera y José Antonio Hernández Guerrero, “a partir de Quintiliano la retórica concebida como el arte del bien decir (*pulchre*), empieza a privilegiar los procedimientos estéticos y ornamentales del discurso sobre los recursos persuasivos y argumentativos”.<sup>227</sup>

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”.<sup>228</sup>

---

<sup>225</sup> GARCÍA TEJERA, M. C. y HERNÁNDEZ GUERRERO, J. A. *Quintiliano* (ca. 35-ca. 96 d. C) (s.f.). Disponible en: [https://www.cervantesvirtual.com/portales/retorica\\_y\\_poetica/quintiliano/](https://www.cervantesvirtual.com/portales/retorica_y_poetica/quintiliano/).

<sup>226</sup> QUINTILIANO, *Instituciones oratorias*. 1799. Disponible en: [https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/ffbc2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064\\_52.html#l\\_128\\_](https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/ffbc2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064_52.html#l_128_).

<sup>227</sup> GARCÍA TEJERA y HERNÁNDEZ GUERRERO, *op. cit.*

<sup>228</sup> GARCÍA TEJERA y HERNÁNDEZ GUERRERO, *op. cit.*

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

Quintiliano en su libro *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 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 ruín sea el maestro, tanto más oscuro será en la explicación.<sup>229</sup>

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

---

<sup>229</sup> QUINTILIANO, *op. cit.* Disponible en: [https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/fffb2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064\\_42.html#I\\_16\\_](https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/fffb2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064_42.html#I_16_).

las voces que haya hipérbaton. Pero lo peor de todo es la mezcla confusa de las palabras (...).<sup>230</sup>

(...) 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 (...).<sup>231</sup>

(...) 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 (...).<sup>232</sup>

(...) Algunos amontonan palabras inútiles; los cuales, mientras huyendo del común modo de decir explican su pensamiento con mucho rodeo y verbosidad, movidos de una aparente elegancia, juntando y mezclando esta serie de palabras con otras semejantes, alargan tanto los períodos que no hay alentada que pueda seguirles. Otros hay que hacen estudio de no ser entendido (...).<sup>233</sup>

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.<sup>234</sup>

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.

Finalmente, el autor citado afirma:

Yo tengo por la principal virtud la claridad, la propiedad de las palabras, el buen orden, el ser medido en las cláusulas y, por último, que ni falte ni sobre nada. De este modo el razonamiento será de la aprobación de los sabios e inteligible para los ignorantes (...). Si no 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 (...).<sup>235</sup>

---

<sup>230</sup> *Ibidem*, op. cit. Disponible en: [https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/fffb2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064\\_48.html#I\\_95\\_](https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/fffb2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064_48.html#I_95_).

<sup>231</sup> *Ibidem*.

<sup>232</sup> *Ibidem*.

<sup>233</sup> *Ibidem*.

<sup>234</sup> *Ibidem*.

<sup>235</sup> *Ibidem*.

### III. Quintiliano y su pensamiento

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

Está abierto a los influjos de las escuelas clásicas y “recomienda en su más célebre obra de preceptiva literaria *Instituciones oratorias* tomar de cada dirección filosófica lo mejor para la formación del orador: de la academia, la costumbre del diálogo discursivo; del peripato, la aporemática, como guía de investigación; de la estoa, la firmeza dogmática y sutileza de la prueba”.<sup>236</sup>

Según Johannes Hirschberger (1985),

(...) El ideal que Quintiliano traza ya en el proemio de la retórica considerándola como un arte de capacitación del hombre para la vida pública y política, que debe atender, por tanto, no solo a la instrucción de la mente y adiestramiento técnico en el arte de persuadir, sino a la honestidad de la vida para obtener el maduro juicio y equilibrio espiritual del gobernante, nos hace comprender la extraordinaria importancia de la retórica en la antigüedad y nos recuerda concretamente los ideales humanos filosóficos-políticos de la sofística.<sup>237</sup>

Quintiliano manifiesta que si la retórica es “ciencia del bien decir (*bene discendi scientia*), y éste 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”.<sup>238</sup>

Agrega Quintiliano en *Instituciones oratorias*, Libro II, Capítulo IV:

Cuando tratemos del género judicial, enseñaremos el modo que nos parece mejor de formar la narración. Entre tanto basta advertir que ésta no debe ser seca y sin jugo. Según esto ¿para qué tantos estudios, si bastara el contar (...)

<sup>236</sup> HIRSCHBERGER, J. (1985). *Historia de la filosofía. Tomo 1: Antigüedad, Edad Media, Renacimiento*. Barcelona: Herder, p. 535-536.

<sup>237</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 536.

<sup>238</sup> ALONSO ROCAFORT, op. cit.

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.<sup>239</sup>

En cuanto a la definición de la retórica, Quintiliano expresa en *Instituciones oratorias*, Libro II, Capítulo XVI: “Por donde los que la definieron, a su parecer, con más (...) exactitud (...) dijeron que era una fuerza del persuadir por medio de las palabras (...)”.<sup>240</sup> 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”.<sup>241</sup>

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*”.<sup>242</sup>

Finalmente señala:

(...) Porque no diré cosas inventadas por mí, sino lo que me cuadre, como por ejemplo que la retórica es arte de bien hablar; siendo cierto que el que habiendo encontrado con lo mejor busca otra cosa, seguramente quiere lo peor. Sentada por buena esta definición, ya se deja conocer cuál es el fin de la retórica, o cuál es aquella cosa última y principal adonde se encamina toda arte, que los griegos llaman término. Porque si es arte de bien decir, su fin y último término es esto mismo.<sup>243</sup>

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

En cuanto a la narración, el autor, en *Instituciones oratorias*, Libro IV, Capítulo II, menciona que “la narración, pues, será clara si constando de palabras propias y claras, se evitaren las desusadas, indecorosas y

---

<sup>239</sup> QUINTILIANO, *op. cit.* Disponible en: [https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/ffbc2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064\\_42.html](https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/ffbc2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064_42.html)

<sup>240</sup> *Ibidem.*

<sup>241</sup> *Ibidem.*

<sup>242</sup> *Ibidem.*

<sup>243</sup> *Ibidem.*

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”<sup>244</sup>, 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”.<sup>245</sup>

#### IV. El lenguaje claro

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

La organización Plain Language Association International (PLAIN) señala: “Una comunicación está en lenguaje claro si la lengua, la estructura y el diseño son tan claros que el público al que está destinada puede encontrar fácilmente lo que necesita, comprende lo que encuentra y usa esa información”.<sup>246</sup>

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

<sup>244</sup> QUINTILIANO, *op. cit.* Disponible en: [https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/ffbc2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064\\_44.html#I\\_57\\_](https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/ffbc2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064_44.html#I_57_).

<sup>245</sup> *Ibidem*.

<sup>246</sup> Plain Language Association International (PLAIN). Disponible en: <https://plainlanguagenetwork.org/plain-language/que-es-el-lenguaje-claro/>.

Según la *Guía de Lenguaje Claro y Estilo* del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nro. 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”.<sup>247</sup> Si el ciudadano no comprende, no puede ejercer ningún derecho.

En cuanto a las sentencias, todo ciudadano tiene derecho a conocer y comprender el contenido y la razón por la cual los jueces toman las decisiones. En la cotidianeidad se advierte que el vocabulario legal y técnico, y ciertas prácticas judiciales antiguas relativas al modo de redacción, estilo y formato, generan un problema en la comunicación entre los operadores judiciales y los ciudadanos. Esta guía sugiere algunas pautas en la redacción de los textos: 1) utilizar vocabulario corriente y evitar tecnicismos innecesarios; 2) evitar la utilización de frases o palabras en latín (como por ejemplo *ut supra*); 3) evitar el uso excesivo de marcadores y conectores, y si se utilizan intentar variarlos y seleccionar los más 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”).

Según Enrique Silvestre Catalán,

---

<sup>247</sup> Poder Judicial Ciudad de Buenos Aires. *Guía de Lenguaje Claro y Estilo*. 2019. Disponible <http://lenguajeclaroargentina.gob.ar/wp-content/uploads/2020/06/GUIA-DE-LENGUAJE-CLARO-Y-ESTILO.pdf>.

<sup>248</sup> *Ibidem*.

Uno de los elementos que deberían conformar nuestra condición de ciudadanos libres es la lucha por conseguir que la inevitable posición del Estado y su administración, que generan un tecnolenguaje específico que no puede soslayarse, no justifique en ningún caso la oscuridad del mensaje ni la dilución de la responsabilidad del poder respecto de los ciudadanos (...). La lengua del Estado debe ser clara, modélica y comprensible para todos los habitantes (...).<sup>249</sup>

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 deja de entender el mensaje. Y ello afecta a la esencia misma de la democracia y la libertad de los ciudadanos...”<sup>250</sup>

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

Por su parte, Jesús Prieto de Pedro expresa que las virtudes que hacen que el lenguaje jurídico acceda a la condición de buen lenguaje son la claridad, la precisión y la corrección gramatical.<sup>251</sup>

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”.<sup>252</sup>

Según este autor,

la misma Constitución Nacional en su artículo 18 al consagrar el “debido pro-

---

<sup>249</sup> CATALÁN, E. S. “Introducción”. En *Lenguaje Claro. Comprender y hacernos entender*, Instituto Lectura Fácil, p. 6. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/17353/GUIA%20DEF%20LENGUAJE%20CLARO.PDF?sequen>.

<sup>250</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 7.

<sup>251</sup> PRIETO DE PEDRO, J. (1996). “Lenguaje Jurídico y Estado de Derecho”. En *Revista de Administración Pública*, Nº 140, p.113. Recuperado el 2 de octubre de 2022 de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17313.pdf>.

<sup>252</sup> GONZÁLEZ ZURRO, G. (2018). “Sentencias en lenguaje claro”. En *La Ley*, 26/12/2018. Disponible en: [https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/IVONNE/POSTULANTES/ENTC-Reglamento\\_Princ\\_Publicidad\\_y\\_Comunicacion\\_Jud.pdf](https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/IVONNE/POSTULANTES/ENTC-Reglamento_Princ_Publicidad_y_Comunicacion_Jud.pdf).

ceso” dispone “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. Mal podría hablarse entonces del acceso a la justicia como derecho fundamental si la persona involucrada desconoce cuáles son sus derechos y obligaciones, como obtener “su tutela efectiva”, que puede esperar de la tramitación de un juicio. El acceso a la justicia comprende el derecho a la información en lenguaje claro.<sup>253</sup>

Escribir una sentencia en lenguaje claro es una elección que pone la mira en el destinatario: el justiciable, asegurándole la comprensión del texto, y consecuentemente la protección de sus derechos.<sup>254</sup>

El lenguaje claro no trata de simplificar sino de 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 en sus sentencias. 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 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”.<sup>255</sup>

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.<sup>256</sup>

---

<sup>253</sup> *Ibidem.*

<sup>254</sup> *Ibidem.*

<sup>255</sup> CARRETERO GONZÁLEZ, C. (2018). “La importancia e influencia del uso del lenguaje claro en el ámbito jurídico”. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/25574/Cristina%20Carretero%20Pensamiento%20Penal%20doctrina46190.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>256</sup> *Ibidem.*

Según Natalia Staiano, “el lenguaje claro surge como una herramienta para mejorar la comprensión lectora y tiene como objetivo la autodefinición mediante el ejercicio del derecho a comprender. El lenguaje claro propicia la eliminación progresiva de barreras en materia de comunicación”.<sup>257</sup>

Además, señala: “Es importante destacar que la claridad de los mensajes no supone una simplificación de los contenidos, ni una subestimación del receptor. Por el contrario, está vinculada a la efectividad de los mensajes. Desde esta perspectiva, un texto es eficaz si se comprende”.<sup>258</sup>

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

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

Plain Language Association International es una asociación internacional de partidarios y practicantes del lenguaje sencillo en todo el mundo. Esta red incluye miembros de más de treinta países que trabajan en una comunicación clara al menos en quince idiomas. Según esta asociación, “una comunicación está en 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”.<sup>259</sup>

Clarity, por su parte, fue iniciado por el abogado John Walton, quien creía que la escritura legal era complicada y arcaica. Walton escribió una carta a la *Gaceta de la Sociedad Jurídica del Reino Unido* invitando a

---

<sup>257</sup> STAIANO, N. (2021). “El lenguaje claro como garantía de una comunicación eficaz entre el Estado y la ciudadanía.” En *Cuadernos del INAP*, año 2, p. 16. Recuperado el 2 de octubre de 2022 de: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cuinap59.pdf>.

<sup>258</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 26.

<sup>259</sup> Plain Language Association International (PLAIN). Disponible en: <https://plainlanguagegenetwork.org/plain-language/que-es-el-lenguaje-claro/>.

abogados y abogadas a formar parte de Clarity si compartían la misma percepción que él tenía sobre el tema. Respondieron veintiocho personas y se formó Clarity International. En cuanto a sus actividades, esta asociación posee *The Clarity Journal*, una revista bianual, fuente principal de noticias e investigaciones en lenguaje sencillo, y la Conferencia Bienal, oportunidad para aprender de los líderes del lenguaje sencillo, intercambiar ideas y conectarse con otros miembros de la asociación. Además, Clarity desempeña un papel clave en desarrollar un estándar internacional de documentos en lenguaje sencillo que está a cargo de la Federación Internacional de Lengua Sencilla.<sup>260</sup>

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

Existen normas internacionales que sirven de fundamento jurídico. Entre ellas se destacan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14. 1:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.<sup>261</sup>

---

<sup>260</sup> Clarity. Disponible en: <http://lenguajeclaroargentina.gob.ar/clarity/>.

<sup>261</sup> Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 23 de marzo 1976. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

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

Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.

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

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

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

- a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.
- b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.
- c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.
- d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.
- e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.<sup>262</sup>

Dichos artículos reconocen el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los tribunales en un proceso público con todas las

---

<sup>262</sup> Consejo de Europa. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Disponible en: <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/#a6>

garantías. Se busca un derecho comprensible y una tutela realmente efectiva por parte de los tribunales para lo cual se necesita la claridad en su expresión, en especial las comunicaciones que tengan como destinatario el ciudadano.

## VI. 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 2018 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 Anticorrup-

ción 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 2020, el Poder Ejecutivo Bonaerense promulga la Ley 15.184 para garantizar el derecho de toda la ciudadanía a comprender la información pública a través del uso de un lenguaje claro en los textos legales y formales. Esta ley cumple con el derecho a la información que no se limita a que el documento o resolución esté disponible, sino que implica que se comprenda. Es importante mencionar la idea de incluir “sin dejar nadie atrás” respetando la diversidad humana planteada por los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) 2030 de Naciones Unidas que implican atender la accesibilidad 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.<sup>263</sup>

---

<sup>263</sup> STAIANO, *op. cit.*, p. 12, p. 42-46.

## VII. 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”.

El lenguaje claro, movimiento internacional que apareció en la década de 1970 en Europa, busca hacer comprensibles las palabras utilizadas en el marco del derecho y simplificar la manera en que nos comunicamos facilitando la comprensión de leyes y sentencias.

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

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 excitan las emociones del oyente y lo muevan a adoptar una determinada actitud y a efectuar un coherente comportamiento.

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

El ciudadano necesita comprender las palabras del texto jurídico para poder reconocer sus derechos y deberes asegurándose un comportamiento de acuerdo al marco legal. Si el ciudadano no comprende, no puede ejercer ningún derecho.

La oscuridad en el mensaje, basado en el uso de tecnicismos y de una deficiente sintaxis, constituye un obstáculo en la comunicación entre el Estado y el ciudadano, y una barrera para el desarrollo del sistema democrático.

El ciudadano tiene derecho a estar informado, pero si el mensaje no es lo suficientemente claro es probable que no comprenda las leyes y las sentencias que lo afectan. No basta que la información esté disponible; ésta debe ser además clara y comprensible para toda la sociedad.

El lenguaje claro no trata de simplificar sino de rediseñar un mensaje

buscando una comunicación más legible, más clara y comprensible.

La claridad, como expresa Cristina Carretero, “es tanto una exigencia legítima de la ciudadanía, como una obligación para los poderes públicos”. En vista de dicha obligación, la Argentina asumió ese compromiso con la implementación de políticas públicas referidas a la necesidad de transparencia, acceso a la información y gobierno abierto.

Se implementó un servicio web donde se explican las leyes en lenguaje claro; se constituyó la Red de Lenguaje Claro Argentina, que busca garantizar la transparencia de los actos de gobierno y el derecho de entender, y el fortalecimiento de la democracia. Además, el Decreto 891/2017, referido a las buenas prácticas en materia de simplificación para el Sector Público Nacional, la Ley 27.275 del acceso a la información pública y 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, constituyen un entramado jurídico que asegura el derecho de comprender que tienen los ciudadanos.

En virtud de lo expresado en el trabajo, considero que el lenguaje claro es un avance para toda sociedad democrática, facilitando a los ciudadanos el conocimiento de las leyes y asegurando el derecho a la defensa en los procesos judiciales. Este lenguaje en el ámbito jurídico busca que el lector comprenda el mensaje y en base a esa comprensión adopte un comportamiento que proteja sus derechos.

Por otra parte, la formación en este estilo de lenguaje, a mi entender, debería comenzar en el ámbito universitario formando profesionales con la habilidad de comunicar con claridad términos que no son de uso cotidiano.

Así, la idea inicial plasmada por Quintiliano en su obra *Instituciones oratorias* se transforma hoy en el principio rector del lenguaje claro que hace comprensible el mensaje para el receptor.

## VIII. Bibliografía

- ALONSO ROCAFORT, V. (2008). “Marco Fabio Quintiliano y la retórica democrática”. En *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Vol. 13 N° 43. Disponible en: [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_art-text&pid=S1315-52162008000400004](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_art-text&pid=S1315-52162008000400004).

- Biblioteca del Congreso de la Nación. *Leer nos hace libres*. <https://bcn.gob.ar/lectura-accesible/leer-nos-hace-libres>.

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

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

- CATALÁN, E. S. “Introducción”. En *Lenguaje Claro. Comprender y hacernos entender*, Instituto Lectura Fácil, p. 6. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/17353/GUIA%20DEF%20LENGUAJE%20CLARO.PDF?sequen>

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

- Consejo de Europa. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. 4 de noviembre de 1950. Disponible: <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/#a6>

- GARCÍA TEJERA, M. C. y HERNÁNDEZ GUERRERO, J. A. *Quintiliano (ca. 35-ca. 96 d. C)* (s.f.). Disponible en: [https://www.cervantesvirtual.com/portales/retorica\\_y\\_poetica/quintiliano/](https://www.cervantesvirtual.com/portales/retorica_y_poetica/quintiliano/).

- GONZÁLEZ ZURRO, G. (2018). “Sentencias en lenguaje claro”. En *La Ley*, 26/12/2018. Disponible en: [https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/IVONNE/POSTULANTES/ENTC-Reglamento\\_Princ\\_Publicidad\\_y\\_Comunicacion\\_Jud.pdf](https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/IVONNE/POSTULANTES/ENTC-Reglamento_Princ_Publicidad_y_Comunicacion_Jud.pdf).
- HIRSCHBERGER, J. (1985). *Historia de la filosofía. Tomo 1: Antigüedad, Edad Media, Renacimiento*. Barcelona: Herder, p. 535-536.
- Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 23 de marzo 1976. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Plain Language Association International (PLAIN). Disponible en: <https://plainlanguagenetwork.org/plain-language/que-es-el-lenguaje-claro/>.
- Poder Judicial Ciudad de Buenos Aires. *Guía de Lenguaje Claro y Estilo*. 2019. Disponible <http://lenguajeclaroargentina.gob.ar/wp-content/uploads/2020/06/GUIA-DE-LENGUAJE-CLARO-Y-ESTILO.pdf>.
- PRIETO DE PEDRO, J. (1996). “Lenguaje Jurídico y Estado de Derecho”. En *Revista de Administración Pública*, N° 140, p.113. Recuperado el 2 de octubre de 2022 de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17313.pdf>.
- QUINTILIANO, *Instituciones oratorias*. 1799. Disponible en: [https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/fffbc2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064\\_52.html#I\\_128\\_](https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/fffbc2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064_52.html#I_128_).
- STAIANO, N. (2021). “El lenguaje claro como garantía de una comunicación eficaz entre el Estado y la ciudadanía”. En *Cuadernos del INAP*, año 2, p. 16. Recuperado el 2 de octubre de 2022 de: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cuinap59.pdf>

# Excepción al principio de la irrevocabilidad de las donaciones: la ingratitud. Análisis de un fallo <sup>264</sup>

---

Por Mirta Beatriz Álvarez<sup>265</sup>

## Sumario:

I. Introducción; II. Las donaciones en el derecho romano; *II. 1. Donaciones entre vivos; II. 2. Revocación de las donaciones; III. Análisis de un fallo; III. 1. La revocación de las donaciones por ingratitud en el Código Civil de Vélez y en el Código Civil y Comercial de la Nación; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.*

**Palabras clave:** donaciones; revocación por ingratitud; derecho romano; Código Civil y Comercial

---

<sup>264</sup> Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Una mirada romanista a los libros quinto y sexto del Código Civil y Comercial de la Nación” que la autora dirige en UFLO Universidad.

<sup>265</sup> Profesora Titular Regular de Derecho Romano en las Facultades de Derecho de UFLO Universidad y UBA. Investigadora categorizada en el sistema nacional. Directora del Instituto de Investigación de Derecho Romano de UFLO Universidad.

## I. Introducción

Debe considerarse la irrevocabilidad de las donaciones como un principio de vigencia general en este contrato, principio que excepcionalmente puede dejarse de lado cuando la ley lo autoriza, por hechos que no se originan en la voluntad del donante, sino en un incumplimiento del donatario, en una actitud censurable de éste.<sup>266</sup> Así lo establecía el artículo 1848 del Código de Vélez y actualmente lo dispone el artículo 1569 del Código Civil y Comercial (CCC).

En este trabajo nos proponemos analizar un fallo para realizar un registro de la normativa citada en el mismo, a fin de determinar si tiene su fuente en el derecho romano como así también si se replica en el CCC.

## II.- Las donaciones en el derecho romano

Hay donación (*donatio*) cuando una persona (donante) sin que nadie lo obligue le atribuye a otro (donatario) de manera gratuita, ya la propiedad de una cosa u otro beneficio económico.<sup>267,268</sup>

En un principio, la donación consistió en transferir una cosa a otro, en forma gratuita, haciendo que la adquiriera en propiedad por medio de la *mancipatio*, si se trataba de una *res mancipi*, o de una *traditio*, si

---

<sup>266</sup> CASAS DE CHAMORRO VANASCO, M. L., "Revocación de las donaciones". Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/46-2/revocacion-de-las-donaciones.pdf> (última consulta 6/9/22).

<sup>267</sup> DI PIETRO, A. (2001). *Derecho Privado Romano*. 2° edición. Buenos Aires: Depalma, p. 263.

<sup>268</sup> KASER, M., KNUTEL, R. y LOHSSE, S. (2022). *Derecho Privado Romano*. Traducción de Lazo González, P. y Andrés Santos, F. Colección derecho Privado. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, p. 494, sostienen: "La donación (*donatio*) es una atribución *gratuita*, es decir, una por la cual el donante no espera una prestación en dinero (o de otra forma). La *atribución* puede ser, o bien un negocio del ámbito de los derechos reales, como p. ej., la transmisión de la propiedad de una cosa o la constitución o la supresión de un derecho real, o bien, un negocio obligacional, como la promesa objeto de una estipulación, o la cesión de un crédito, la asunción de una obligación ajena o la remisión de un crédito; finalmente, puede constituir donación ya no un ne-gocio jurídico, sino un comportamiento fáctico".

era una *res nec mancipi*.<sup>269</sup>

Pronto se llega a la noción de donación como *donationis causa* y se amplía el campo de aplicación e involucra también todo acto que signifique un enriquecimiento gratuito para el donatario a expensas del donante, por ejemplo, se puede perdonar una deuda (Ulpiano D. 39, 5. 17) o constituir gratuitamente una servidumbre a su favor o renunciar a la servidumbre que tenía sobre su fundo (Papiniano D. 8. 4. 17).<sup>270</sup>

La donación es un acto lucrativo pues con ella se logra una adquisición definitiva de un bien económico (Gayo D. 50. 17. 51). En cambio, en los actos gratuitos no se logra una adquisición patrimonial definitiva ni la otra parte sufre un desmedro o empobrecimiento (caso del comodato, el depósito o el mandato).

## II. 1. Donaciones entre vivos

En el derecho clásico no se concebía a la donación como un contrato, ni como una obligación,<sup>271</sup> sino como un negocio por el que directamente se trasladaba a otro la propiedad (*datio*) por razón de liberalidad (*donationis causa*), por medio de una *mancipatio* (en el caso de *res mancipi*) o de una *traditio* (para las *res nec mancipi*).<sup>272</sup>

En el lenguaje de los bizantinos se requiere *animus donandi* en el donante.<sup>273</sup> Esto significa que realiza la liberalidad sin estar obligado por derecho.

La *Lex Cincia* (en realidad, un plebiscito del año 204 a. C.) estableció la prohibición de donaciones que superaran un determinado monto (desconocido para nosotros), salvo que se tratara de parientes exceptua-

<sup>269</sup> KDI PIETRO, *op. cit.*, p. 263.

<sup>270</sup> *Ibidem*.

<sup>271</sup> KASER, KNUTEL y LOHSSE, *op. cit.*, p. 495, sostienen que “la donación del derecho clásico no es aún una fuente obligacional autó-noma, ni tampoco un negocio jurídico típico, sino solo una causa jurídica, la *causa donandi* (...) que justifica la atribución”.

<sup>272</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, p. 263.

<sup>273</sup> KASER, KNUTEL y LOHSSE, *op. cit.*, p. 495, afirman que es decisiva la voluntad del donante.

dos (cognados hasta el quinto grado, tutores y pupilos, entre otros). Las limitaciones que impuso esta ley estarían vinculadas con la necesidad de evitar los regalos y donaciones excesivas. En el capítulo I de la ley se prohibía a los *oratores* que defendían a otros en un juicio, a recibir regalos.<sup>274</sup>

La Lex Cincia cayó en desuso en época postclásica. Por una Constitución de Constantino<sup>275</sup> (C. 8. 54 [53]. 25), a fin de prevenir las dificultades de probar una donación, se convirtió a la donación en un negocio típico requiriendo el cumplimiento de tres requisitos: a) la redacción de un escrito en donde constaran los nombres de las partes y la cosa que se donaba; b) la tradición efectiva de la cosa donada ante un gran número de testigos; y c) la testificación del documento en los registros de los magistrados locales (*insinuatio*). Cumplidos estos requisitos la propiedad era del donatario.<sup>276</sup>

Justiniano tendió a la fusión entre las soluciones clásicas y postclásicas. Rescata el sentido de la donación como “causa de adquisición” del dominio, ubicándola en las Institutas luego de las “*usucapiones*” y las posesiones *longi temporis*. (Inst. 2. 7 pr. y 2).<sup>277</sup>

Asimismo, Justiniano eleva la promesa de donación a la categoría de “pacto legítimo”.<sup>278</sup> De este modo, ya no será necesario recurrir a la *stipulatio* como en época clásica, porque ahora es un negocio típico que genera la actio ex lege para su cumplimiento (C. 8. 54 [53]. 35. 5). Incluso llega a hablar de *contractus donationum* (C. 4. 21. 17 pr.), si bien no lo incluyó en la lista oficial de los contratos.<sup>279</sup>

En principio, el pacto de donación es de carácter consensual, pudiéndose perfeccionar por escrito o sin escrito. Desde que se ha manifestado

---

<sup>274</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, p. 264.

<sup>275</sup> KASER, KNUTEL y LOHSSE, *op. cit.*, p. 495, en el mismo sentido establecen: “Solo a partir de una ley de Constantino, que prescribe una forma nueva y autónoma para la donación de cosas (vat. 249), ésta se configura como negocio típico. La forma prescrita exige, además de la entrega corporal, la documentación y su inscripción en un registro oficial (insinuación)”.

<sup>276</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, p. 265.

<sup>277</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, p. 265.

<sup>278</sup> KASER, KNUTEL y LOHSSE, *op. cit.*, p. 495.

<sup>279</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, p. 265 ss.

la voluntad del donante, nace para éste la obligación de hacer tradición de la cosa (Inst. 2. 7. 2; C. 8. 54 [53]. 35) y el donatario tiene la *condictio ex lege*.

Justiniano solo exige la *insinuatio* cuando se superan determinados montos y quedan exentas de la *insinuatio* las donaciones hechas al emperador o por el emperador, el rescate de cautivos, las destinadas a obras pías, etc. (C. 8. 54 [53]. 34 y 36; C. 5. 12. 31).

## II. 2. Revocación de las donaciones

El principio es que todas las donaciones inter vivos son definitivas por lo que el donante no puede revocarlas por su voluntad. Pero este principio genérico de la irrevocabilidad irá conociendo excepciones:<sup>282</sup>

a) Por causa de ingratitud. El primer caso surgió aproximadamente en el siglo III d. C., a propósito de una donación que hiciera un patrono a su liberto. Si éste realizaba un acto de ingratitud, el patrono podía revocar la donación (Filipo C. 8. 56 [55]. 7).<sup>283</sup>

Constantino extenderá esa posibilidad al padre en determinados casos de ingratitud de sus hijos (F. V. 248). Constancio y Clemente le concederán la misma posibilidad a la madre por ingratitud de sus hijos (C. 8. 56 [55]. 7). Teodosio y Valentiniano extenderán el mismo derecho respecto de las hechas entre ascendientes y descendientes (C. 8. 56 [55]. 9).<sup>284</sup>

Justiniano establecerá la posibilidad de revocar todas las donaciones por causas

<sup>280</sup> *Ibidem*, *op. cit.* p. 266.

<sup>281</sup> *Ibidem*.

<sup>282</sup> KASER, KNUTEL y LOHSSE, *op. cit.*, p. 497: "El derecho a revocar la donación debió asegurárselo el donante, en principio, a través de una estipulación, es decir, mediante una promesa sujeta a una condición que dependiese de la voluntad de éste (condición potestativa, p. ej., Scaev. D. 32, 37, 2). En el s. III d. C. el *patrono* tiene por ley un derecho de revocación contra el manumitido, a menudo por causa de ingratitud (Phil. vat. 272 = C. 8, 55, 1). Constantino concede idéntico derecho al *padre* en determinados supuestos de ingratitud contra los hijos (vat. 248). Más adelante se amplía a la madre y a otros ascendientes (CTh. 8, 13, 1; 349 d. C.). Justiniano lo concede a todos los donantes, incluso a aquellos que no son familiares del donatario, a condición de que éste haya cometido entuertos graves, de los que pueda deducirse su falta de gratitud (C. 8, 55, 10; Inst. 2, 7, 2)'

<sup>283</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, p. 266.

<sup>284</sup> *Ibidem*.

taxativamente determinadas de ingratitud: injurias graves; poner en el donante sus manos impías o con insidias grandes le provoque un daño patrimonial o haya atentado a la vida del donante. Las causales debían estar perfectamente probadas (C. 8. 56 [55]. 10).

La posibilidad de revocar la donación solo la tiene el donante, por medio de la conditio ex lege. Pero si éste soportó las afrentas y no hizo nada, sus herederos carecen de derecho para hacerlo.<sup>285</sup>

b) Por una Constitución de Constancio y Constante se permite al patrono que había donado todos sus bienes o una parte de ellos, sin tener hijos en el momento de la donación, y luego los tuviera, que pudiera revocarla (C. 8. 56 [55]. 8 año 355).<sup>286</sup>

### III. Análisis de un fallo<sup>287</sup>

En el presente acápite se analizará un fallo de la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Azul sobre revocación de una donación por ingratitud. Se hará referencia también a causas relacionadas entre las mismas partes.

La resolución se funda en la normativa del Código Civil de Vélez, vigente cuando se produjeron los hechos. Mencionaremos las fuentes romanas citadas en las notas de Vélez e indicaremos si la situación se encuentra regulada en forma similar actualmente en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Los hechos que dieron origen a la causa, son los siguientes: se formaliza una donación con fecha 29 de noviembre de 1984, a dos hijos por parte de sus padres con reserva de usufructo de dos fracciones de campo ubicadas en el partido de Tandil, designadas catastralmente como Circunscripción II, Parcelas 233-b y 253-a, que constituyen una sola unidad de explotación agroeconómica denominada Establecimiento “Don Remigio”.

---

<sup>285</sup> *Ibidem*.

<sup>286</sup> *Ibidem*.

<sup>287</sup> Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II (CCivComAzul) (Salall); Fecha: 08/03/2022; Partes: I. D. P. A. c. P. E. H. s/ Revocación de Donación; Publicado en: La Ley, 03/06/2022, 4, con nota de Natalio P. Etcheagaray; Cita: TR LALEY AR/JUR/42641/2022.

Se judicializa con una acción de pedido de rendición de cuentas realizada por la madre contra el hijo en el año 2005. En ese expediente, se dictó sentencia condenando a rendir cuentas desde el 30 de abril de 1998 al 4 de febrero de 2005 (fecha modificada por la Alzada, porque en ese momento se lo separó definitivamente de la administración). Se estableció el saldo deudor. El expediente se encontraba, en 2021, en etapa de ejecución de sentencia.

El fallo determinó que sea que el demandado administrara por encargo de su madre o sin él, lo cierto es que estaba obligado a informar sobre el desenvolvimiento de los negocios relacionados a los campos, entregando los frutos percibidos y detallando ingresos y egresos en principio, en forma documentada. Ello sobre todo a partir de la recepción formal de la intimación a rendir cuentas que efectuara la actora mediante carta documento de fecha 12 de enero de 2005.

Se plantea una acción de revocación de la donación por ingratitud del donatario con fecha 12 de mayo de 2005 fundada en los artículos 1858, 1869 y 1864 del Código Civil de Vélez, actualmente derogado. Los motivos son la conducta injuriente de desatención en la ancianidad y la falta de prestación de alimentos. La nota al artículo 1858, que trata la revocación por ingratitud, cita como fuente C. 8. 56. 10,<sup>288</sup> y

---

<sup>288</sup> SCHIPANI, S. (2007). *Código Civil de la República Argentina con la Traducción de I. García del Corral de las fuentes romanas citadas por Dalmacio Vélez Sarsfield en las notas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 539 ss: C. 8. 56. 10: "Mandamos en general, que permanezcan firmes e inalterables todas las donaciones hechas con arreglo a la ley, si no fuese hallado ingrato para el donador el que recibe la donación, de suerte que profiera contra él injurias atroces, o en él ponga sus impías manos o cause con sus insidias grave quebranto que da no ligera alteración a los bienes del testador, o le hubiere suscitado algún peligro para la vida, o de ninguna manera hubiere querido cumplir algunas convenciones, ora impuestas a la donación en las escrituras, ora establecidas sin escritura, que prometió el que aceptó la donación. Porque solamente por estas causas, si en juicio hubieren sido probadas jurisdiccionalmente con pruebas evidentes, permitimos que se revoquen también las donaciones hechas a favor de éstos, a fin de que cualquiera no tenga facultad para adquirir bienes ajenos y burlarse de la fragilidad del donador, y a su vez para que el donador no pierda sus propios bienes, y sea agobiado por los susodichos males por un ingrato aceptante de la donación. Pero disponemos que esto rija solamente para las primeras personas, sin que se haya de conceder licencia alguna a los sucesores del donador para entablar tales querellas. Porque si se calló el que sufrió estas cosas, su silencio subsistirá siempre y no permitirá que por su posteridad se suscite cuestión o contra el mismo que se dice que es ingrato, o contra los sucesores de éste". (Constitución del emperador Justiniano del año 530).

la nota al artículo 1869 se refiere al mandato como contrato (que debe aceptarse) y a la *actio quod iussu*, que implica una orden al que está bajo dependencia. En el Código Civil y Comercial de la Nación, los artículos que fundarían la resolución serían el 1571 (causas de revocación de la donación), 1319 (definición del contrato de mandato) y 1573 (legitimación activa de la acción de revocación). La regulación es bastante similar si bien los artículos 1571 y 1573 son un poco más amplios; en cambio, la definición de mandato del artículo 1319 resulta un tanto incompleta en el CCC.

Sostuvo la actora que el donatario era administrador y mandatario de la donante e incumplió las obligaciones esenciales de todo mandatario (artículo 1904 y 1911 del CC). La nota al artículo 1904 cita como fuentes romanas D. 17. 1. 5<sup>289</sup> e I. 3. 27. 11 (el correcto es I. 3. 26. 11 como indica Schipani)<sup>290</sup> y los dos artículos se refieren a las obligaciones del mandatario. El artículo 372 del Código Civil y Comercial detalla las obligaciones y deberes del representante, el artículo 1324 trata las obligaciones del mandatario y el artículo 1334 se refiere a la obligación de rendir cuenta, en forma similar al Código derogado.

Se determinó que existió un mandato gratuito y general de administración, de carácter expreso y verbal, celebrado entre las partes, por el cual E. H. P. administraba las parcelas de campo objeto de la donación con reserva de usufructo.

El donatario arrendó el campo durante 6 años sin rendir cuentas de lo percibido. El artículo 1930 del CC regula la contratación a nombre del mandante. El artículo 1320 del Código Civil y Comercial trata la representación en el mandato.

---

<sup>289</sup> *Ibidem, op. cit.*, p. 550: D. 17. 1. 5. Paulo, Comentarios al Edicto XXXII, "Así, pues se han de guardar con diligencia los límites del mandato; porque el que se excede de ellos, se considera que hace otra cosa distinta"

<sup>290</sup> *Ibidem, op. cit.*, p. 550: I. 3. 26. 11: "Cada cual es libre de no aceptar un mandato, pero aceptado, debe ser ejecutado, o ser renunciado cuanto antes, para que el mandante ejecute por sí mismo o por medio de otro el mismo negocio. Porque si no se renunciare de modo que se reserve al mandante completa facilidad para realizar el mismo negocio, tiene, sin embargo, lugar la acción de mandato, salvo si medió justa causa o para no renunciar o para renunciar intempestivamente"

El primer fallo, de fecha 10 de junio de 2014, revocó la donación del 50% de los inmuebles por ingratitud, con efectos retroactivos a la fecha de la donación (29 de noviembre de 1984). Ese fallo fue revocado el 24 de septiembre de 2015 por la Cámara, por prematuro, en atención a que debió aguardarse a que se dictara sentencia en el proceso de rendición de cuentas.

El juez de Primera Instancia dicta nueva sentencia con fecha 23 de febrero de 2021 que llega a la Cámara por la apelación de los herederos del donatario. Se funda en la causal de revocación del contrato de donación, “atento la desatención en la ancianidad de su progenitora, mandante y usufructuaria de los bienes en cuestión (incs. 2 y 3 del artículo 1858 del CC). Siendo las circunstancias del presente caso, sus conexos (Causa N° 41.510), como también las circunstancias personales de la actora, elementos considerados por este repartidor para calificar las conductas inferidas como graves”. La fuente romana citada en el artículo 1858 del CC es C. 8. 56. 10. Las causales de revocación de la donación se replican en el 1571 del CCC.

La Cámara resolvió que la sentencia apelada debía ser confirmada (arts. 1858, 1860, 1861, 1862, 1864 y 1865 del CC; arts. 163 inc. 5, 375, 384 y ccs. del Código Procesal). La normativa citada en el fallo se refiere a la revocación. La fuente romana citada en las notas a los artículos 1858 y 1865 es C. 8. 56. 10. La regulación de la revocación en el Código Civil Comercial se encuentra en los artículos 1571, 1572 y 1573 de forma similar, salvo la legitimación activa, que el artículo 1573 concede solamente al donante contra el donatario y no a los herederos de aquel ni contra los herederos de éste. En cambio, el artículo 1864 del Código velezano establecía que la revocación de la donación podía ser demandada por el donante o sus herederos.

Por otra parte, el hijo demandado promovió la impugnación de la desheredación por testamento en otro expediente con éxito y se le reconoció el carácter de heredero.

Los herederos del donatario en la apelación alegan una cuestión previa que radica en que aún no había recaído resolución judicial en el

incidente de impugnación de desheredación, donde el demandado –E. H. P.– cuestionaba la cláusula del testamento otorgado por su madre –Á. T. I. de P.– con fecha 28 de abril de 2006, donde lo desheredó e instituyó como única y universal heredera a su hija S. M. P. Debemos destacar que el Código Civil y Comercial ha cometido el error de eliminar la figura de la desheredación. Si bien ambas figuras (indignidad y desheredación) se estudiaban juntas y sancionaban el comportamiento ofensivo del heredero contra el causante, mientras que la indignidad se produce por la declaración judicial a pedido de las personas interesadas, y en tanto no exista ese pronunciamiento el indigno es heredero o legatario, la desheredación era dispuesta por el causante en su testamento por el agravio sufrido y privaba de la legítima a los herederos forzosos.<sup>291</sup>

La actora y donataria muere el 19 de abril de 2007, aunque las causas han continuado entre los herederos de la donante y del donatario.

### **III. 1. La revocación de las donaciones por ingratitud en el Código Civil de Vélez y en el Código Civil y Comercial de la Nación**

El artículo 1858 del CC establecía: “Las donaciones pueden también ser revocadas por causa de ingratitud del donatario en los tres casos siguientes: 1) Cuando el donatario ha atentado contra la vida del donante; 2) Cuando le ha inferido injurias graves, en su persona o en su honor; y 3) Cuando le ha rehusado alimentos”.

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación, en el artículo 1571 que lleva por título Ingratitud, establece:

Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario en los siguientes casos:

a) si el donatario atenta contra la vida o la persona del donante, su cónyuge o

---

<sup>291</sup> SCONDA, M. (2022). “La indignidad para suceder. Su origen en el Derecho Romano. Evolución y recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación”. En *Estudio sobre Principios Generales y Derecho Romano*. Volumen I. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores, p. 520.

- conviviente, sus ascendientes o descendientes;
  - b) si injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor;
  - c) si las priva injustamente de bienes que integran su patrimonio;
  - d) si rehúsa alimentos al donante.
- En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que el donatario le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.

Como señalan Herrera, Caramelo y Picasso, esta norma (el artículo 1571) tiene su antecedente, aun con diferencias importantes, en lo dispuesto en los artículos 1858 y 1859 del CC. Afirman que la revocación por ingratitud representa la vía legal por la cual el donante queda habilitado para dejar sin efecto la donación, ante la configuración de causales expresamente determinadas pero que tienen, como denominador común, el reproche a la conducta disvaliosa del donatario, que es considerada, en esos supuestos, como contraria al deber de gratitud que éste le debe al donante, por la liberalidad cumplida.<sup>292</sup>

Con referencia al inciso a), a diferencia de lo que prescribía el artículo 1858 del CC, la norma incluye al cónyuge o conviviente, sus ascendientes y descendientes. Esta ampliación en los sujetos es coherente con el tratamiento que el Código da a la regulación jurídica de la familia y recoge, además, la interpretación que, en el mismo sentido, venía realizando la doctrina y la jurisprudencia.<sup>293</sup>

Con respecto al inciso b), se clasifica a la conducta del donatario en dos subespecies: la injuria grave y la afectación al honor. El inciso persigue, así, un encuadre complementario para ambos supuestos.

Por eso, la inclusión de ambas expresiones en el caso permite entender el tipo de reproche que habilita la revocación desde dos ángulos complementarios: la injuria grave en sí misma, por un lado, y, por el otro, la afectación al honor.

Además, la revocación será viable cuando el donatario dirija este tipo de conducta tanto contra el donante como contra su cónyuge o conviviente, ascendientes o descendientes.<sup>294</sup>

---

<sup>292</sup> HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo IV. Buenos Aires: Infojus, p. 288.

<sup>293</sup> *Ibidem*.

<sup>294</sup> *Ibidem*.

En este tema resulta interesante recordar la opinión de Borda, quien al ocuparse de las causales de ingratitud previstas en el artículo 1858 del Código Civil, sostenía que “la enumeración no es tan rígida ni limitativa como parece, pues las injurias graves son un concepto flexible que incluye cualquier atentado, con tal de que tenga la gravedad suficiente como para ser reputado injurioso”. Y al referir al concepto de injurias graves, asevera: “Las injurias deben ser graves; no cualquier ataque contra el donante, por insignificante que sea, da lugar a la revocación”<sup>295</sup>.

Alejandro Borda afirma: “Con buen criterio se ha resuelto que una misma conducta puede o no constituir una injuria grave según quien sea el donatario. Es que debe juzgarse con mayor rigor el comportamiento del donatario que es familiar directo del donante (en el caso era un hijo) de aquel otro donatario que carece de tal vínculo familiar” (conf. Borda, “Tratado de Derecho Civil”, Contratos, 9ª ed., Actualizado por Alejandro Borda, T. II, ps. 392, 393 y 394).<sup>296</sup>

En similar sentido al expuesto, se pronuncian Belluscio y Lagomarsino, quienes sostienen que la enumeración del artículo 1858 del Código Civil “no es tan rígida ni limitativa como parece, pues las injurias graves son un concepto flexible que incluye cualquier atentado de suficiente gravedad como para ser considerado injurioso”. Y al conceptualizar a las injurias graves, precisan que “el concepto civil de injuria no es equivalente al penal, ya que pueden consistir en lesiones a la libertad del donante o a sus bienes” (conf. “Código Civil y leyes complementarias”, Director: Belluscio, Coordinador: Zannoni, ob. cit., T. 9, ps. 156, 157 y 160; ver también Zago, en “Código Civil y normas complementarias”, Bueres: dirección, Highton: coordinación, T. 4-D, ps. 181 y 182).<sup>297</sup>

En relación al inciso c), con un mejor orden de método, el Código

---

<sup>295</sup> Cita del fallo: Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II (CCivComAzul) (Salall); Fecha: 08/03/2022; Partes: I. D. P. A. c. P. E. H. s/ Revocación de Donación Publicado en: La Ley, 03/06/2022, 4, con nota de Natalio P. Etchegaray; Cita: TR LALEY AR/JUR/42641/2022.

<sup>296</sup> *Ibidem*.

<sup>297</sup> *Ibidem*.

Civil y Comercial tuvo en cuenta la vasta interpretación doctrinaria y judicial, e incorporó la causal con carácter autónomo. En este caso, también la revocación alcanza a los supuestos en que la privación atenta, no solo contra el donante, sino contra los bienes de las personas mencionadas en el inciso a).<sup>298</sup>

No puede pasarse por alto la valiosa pauta hermenéutica que emana del actual Código Civil y Comercial de la Nación, según el cual las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario si éste priva injustamente al donante –o a sus familiares– de los bienes que integran su patrimonio (sobre este tópico, ver Lorenzetti, “Tratado de los Contratos”, Parte Especial, Santa Fe, 2021, p. 680).<sup>299</sup>

Por último, el inciso d) regula la negativa aprestar alimentos. La causal, a diferencia de las anteriores analizadas, se configura a partir de una omisión, y no de un acto positivo. Ella es la consecuencia del incumplimiento de la obligación que legalmente se impone al donatario a favor del donante exclusivamente (artículo 1559 del CC).

Como señala Bueres,<sup>300</sup> en todos los supuestos enunciados en el artículo 1571 basta la prueba de que al donatario le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.

A diferencia de lo que se disponía en el Código Civil, que solo relacionaba esta pauta con el caso de atentado contra la vida, la disposición actual lo incorpora como regla general para todas las causales de ingratitud.<sup>301</sup>

Es menester aclarar que la ingratitud del donatario en las donaciones no solamente es una causal de revocación, sino también una causal de indignidad expresamente contemplada en el CCC (artículo 2281, inc. i): “Son indignos de suceder los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones”.

---

<sup>298</sup> HERRERA, CAMELO y PICASSO, *op. cit.*

<sup>299</sup> Cita del fallo: Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul..., *op. cit.*

<sup>300</sup> BUERES, A. (director) (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*. Tomo 2. Buenos Aires: Hammurabi, p. 107.

<sup>301</sup> *Ibidem, op. cit.*, p. 289

## IV. Conclusiones

Para dar seguridad a los contratos, el principio es el de la conservación y solo cabe la revocación en casos previamente determinados por la ley.

El principio de la irrevocabilidad de las donaciones tiene su origen en el derecho romano con relación a las donaciones inter vivos y se ha receptado en las legislaciones modernas. La excepción a este principio solamente puede originarse en la ingratitud del donatario, conforme surge de una Constitución de Justiniano en C. 8. 56. 10.

También en la actualidad debe considerarse la irrevocabilidad de las donaciones como un principio de vigencia general en este contrato, principio que excepcionalmente puede dejarse de lado cuando la ley lo autoriza, por hechos que no se originan en la voluntad del donante, sino en un incumplimiento del donatario en una actitud censurable de éste.<sup>302</sup> Así lo establecía el artículo 1848 del Código de Vélez y actualmente lo dispone el artículo 1569 del CCC.

Si bien el fallo analizado se funda en la normativa del Código de Vélez –vigente al momento de los hechos– se hubiera llegado a igual decisión basado en la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación, ambos códigos de indudable fuente romanista.

## V. Bibliografía

- BUERES, A. (director) (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*. Tomo 2. Buenos Aires: Hammurabi.

- DI PIETRO, A. (2001). *Derecho Privado Romano*. 2° edición. Depalma: Buenos Aires.

---

<sup>302</sup> CASAS DE CHAMORRO VANASCO, *op. cit.*

- HERRERA, M., CAMELO, G., y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo IV. Buenos Aires: Infojus.

- KASER, M., KNUTEL, R. y LOHSSE, S. (2022). *Derecho Privado Romano*. Traducción de Lazo González, P, y Andrés Santos, F., Colección derecho Privado. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

- SCHIPANI, S. (2007). *Código Civil de la República Argentina con la Traducción de I. García del Corral de las fuentes romanas citadas por Dalmacio Vélez Sarsfield en las notas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

- SCONDA, M. (2022). “La indignidad para suceder. Su origen en el Derecho Romano. Evolución y recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación”. En Estudio sobre *Principios Generales y Derecho Romano, Volumen I*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores.

### **Artículo y fallo online**

- CASAS DE CHAMORRO VANASCO, M. L., “Revocación de las donaciones”. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/46-2/revocacion-de-las-donaciones.pdf> (última consulta 6/9/22).

- Fallo: Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II (CCivComAzul) (SalaII); Fecha: 08/03/2022; Partes: I. D. P. A. c. P. E. H. s/ Revocación de Donación; Publicado en: *La Ley*, 03/06/2022, 4, con nota de Natalio P. Etchegaray; Cita: TR LALEY AR/JUR/42641/2022.

# La *relaxatio* de la *testamenti factio* romana: el *testamentum tempore pestis* en el Código Civil español

---

Por Carlos María Antuña Suárez<sup>303</sup>

## Resumen

Desde que se promulgó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el Estado de Alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, todas las cuestiones relativas al otorgamiento, autorización y protocolización del testamento en caso de epidemia han supuesto una verdadera reavivación del interés por su dinámica de funcionamiento que exclusivamente se encontraba relegada al ámbito académico con escasas puntualizaciones a su valor práctico. En primer lugar, situaremos el origen y naturaleza jurídica de esta institución sucesoria en el derecho romano y sus antecedentes en las compilaciones de derecho histórico español. Posteriormente, se compara y analiza con el testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código Civil (CC), tanto ante un supuesto de ruptura y fragmentación de acto de otorgamiento que permiten por otro lado

---

<sup>303</sup> Estudiante predoctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, España.

los testamentos abiertos ordinarios cuando se produzca un accidente pasajero (artículo 699 del CC.) como en cuestiones relacionadas con la comparecencia y requisitos de los testigos en el otorgamiento testamentario. Por último, a tenor de todo su proceso evolutivo se exponen unos resultados sobre su viabilidad junto con la proposición de iniciativas y recomendaciones de cara a ulteriores reformas.

**Palabras clave:** rescripto; epidemia; acto de otorgamiento.

## Abstract

*Since the promulgation of the Royal Decree 463/2020, of 14 March, declaring the State of Alarm for the management of the health crisis situation caused by COVID-19, all questions relating to the granting, authorisation and probate of the will in the event of an epidemic have led to a real revival of interest in the dynamics of its operation, which had been exclusively relegated to the academic sphere, with few comments on its practical value. First of all, we will situate the origin and legal nature of this succession institution in Roman Law and its antecedents in the compilations of Spanish historical law. Subsequently, it is compared and analysed with the will in the event of an epidemic in Article 701 of the Civil Code, both in the event of a rupture and fragmentation of the act of granting which, on the other hand, ordinary open wills allow when a temporary accident occurs (Art. 699 CC.) and in questions related to the appearance and requirements of the witnesses in the testamentary granting. Finally, in the light of its evolutionary process, some results are presented on the viability of this will together with the proposal of initiatives and recommendations for further reforms.*

**Keywords:** rescript; epidemic; act of granting

**Sumario:** I. Introducción; II. El precedente romanista en el *ius novum*; III. Antecedentes en el derecho histórico castellano; IV. El testamento en caso de epidemia español; *IV. 1. Dinámica testifical de otorgamiento*; V. Conclusiones

## I. Introducción

En este texto se aborda la relativización de la *testamenti factio* romana, con especial referencia al *testamentum pestis tempore* y su recepción en el derecho civil español desde las fuentes originales contenidas en el Código de Justiniano, mediante un análisis de su evolución y transposición que parte de sus antecedentes históricos a la legislación sucesoria española, centrándose principalmente en la unidad del acto de otorgamiento y la comparecencia de los testigos que son los ejes fundamentales de esta institución sucesoria.

Finalmente y a tenor de su trasfondo histórico, se cuestionan varios de sus puntos normativos frente a los que se propone una serie de iniciativas a cerca de las modificaciones que deben operar en su naturaleza jurídica, tanto para adecuarla a su precedente romanista como para situarla a la vanguardia de las codificaciones civiles europeas.

## II. El precedente romanista en el *ius novum*

Una vez alcanzada igual eficacia en los requisitos agnaticios como cognaticios del pretor, el derecho imperial también desarrolló avances en el marco sucesorio como la libertad de forma y modo de las disposiciones mortis causa para la institución del heredero al permitir el uso libre de términos para facilitar la libre disposición de bienes, pudiendo otorgarse en cualquier instrumento y cualesquiera palabras: “deseo”, “quiero”,

“mando”, “hago heredero”.<sup>304</sup> De otra, se desarrollaron nuevos testamentos cuya presencia de testigos era menor o inexistente como el caso del ológrafo y otras extraordinarias que podían tanto flexibilizar como reforzar sus requisitos de otorgamiento como el testamento del analfabeto o del ciego.

Como punto de partida de esta modalidad sucesoria, tenemos este rescripto de los emperadores Diocleciano y Maximiano del año 290:<sup>305</sup>

*Imperatores Diocletianus, Maximianus AA. Marcellino: “Casus maioris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testest deterret, aliquid de iure laxatum est non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum solemnitas peremta est. Testes enim huiusmodi morbo oppresso eo tempore iungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata.*

Este rescripto suprime por primera vez el requisito de *unitas actus*, haciendo posible que las escasas formalidades testamentarias requeridas pudieran llevarse a cabo en momentos distintos ante la dificultad de reunir a los testigos sobre los que pesaba un profundo temor a contagiarse. Éstos acudían al acto de otorgamiento de manera presencial para realizar la *obsignatio*, pero individualmente cada uno o bien todos de manera separada si el lugar de otorgamiento lo permitía, ya que los juristas del *sacrum consistorium* siguieron sosteniendo que la validez de este tes-

---

<sup>304</sup> En este sentido, en el año 339 d. C., se publicó una constitución por el emperador Constancio que rezaba así, C.J. 6. 23.1 5: “*Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexis. Nec enim interest, si dicatur ‘heredem facio’ vel ‘instituo’ vel ‘volo’ vel ‘mando’ vel ‘cupio’ vel ‘esto’ vel ‘erit’, sed quibuslibet confecta sententiis, quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit. Et in postremis ergo iudiciis ordinandis amota erit sollemnium sermonum necessitas, ut, qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacumque instrumenti materia conscribere et quibuscumque verbis uti liberam habeant facultatem.*”

<sup>305</sup> C.J: 6. 23. 8, para la incorporación en este artículo de todos los textos romanos se ha utilizado GARCÍA DEL CORRAL, I., KRIEGL, A., KRIEGL, M., HERMANN, E. y OSENBRÜGGEN, E. (1889). *Cuerpo del derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*. Tomo V. Código de Justiniano. Barcelona: Jaime Molina.

tamento pasaba por contar con el número de testigos exigido y que en caso contrario, se determinaría un defecto de forma manifiesto<sup>306</sup>.

Esto se refleja de manera expresa en el rescripto siguiente:<sup>307</sup> *“Imperatores Diocletianus, Maximianus AA. Patrocliae: Si non speciali privilegio patriae tuae iuris observatio relaxata est et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo iure testamentum valet”*.

Aquí se hace especial hincapié en la necesidad de la unitas actus, fijando la nulidad del testamento si se extralimitaba dentro de la propia relativización, aunque con posibilidad de que tal vicio no produjera la invalidez si se hubiera otorgado privilegio especial por razón del lugar de otorgamiento —*si non special privilegio patriae tuae iuris*—. Esta prerrogativa por razón del territorio podría obedecer a causas muy diversas, ya fuere por remisión al contenido de una constitución pretérita de la que no tenemos conocimiento, o bien sea la propia enfermedad epidémica por la que las autoridades públicas declararían o circunscribirían sobre el determinado territorio o bien que ésta la padeciera *Marcellino* en cuyo interés *Patrocliae* solicitó la verificación de la validez del testamento realizado sin todos los testigos necesarios o que alguno de ellos no hubiere comparecido ante el acto de otorgamiento.<sup>308</sup>

Desde nuestro punto de vista, la extensión de la ciudadanía romana a raíz de la guerra mársica del siglo I por toda Italia como concesión de la victoriosa Roma impulsó una importante y progresiva homogeneización cultural y de costumbres, convirtiéndose en un ente social y político cuyos resquicios culturales que a ojos del poder gubernamental y la sociedad romana fuesen aberrantes o infamantes, serían sopesados a través de esta dispensa cultural por razón de territorio.

En todo caso, la presencia de epidemias en Roma nunca fue un supues-

---

<sup>306</sup> En este sentido, LÁZARO GUILLAMÓN, C. (2020). “El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código Civil español: crónica para la validez de una institución pretérita en pleno Siglo XXI”. En *Revista General de Derecho Romano*, Nº 35, pág. 5.

<sup>307</sup> C.J. 6. 23. 9,

<sup>308</sup> Una reflexión a la que alude LÁZARO GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 9, considera que ambos rescriptos, aun dirigidos a personas diferentes, el primero está fechado en julio de 290 y este segundo, de acuerdo con el manuscrito de Verona, es del mismo día lo que parece indicar que ambos se referían a un mismo problema que ocurrió en ese mismo día.

to excepcional ni en las etapas más avanzadas del derecho romano,<sup>309</sup> lo cual explica la casuística de que estas constituciones desarrollen de manera sucinta protocolos de actuación para prevenir y mitigar sus efectos devastadores a través de distanciamientos a la hora de participar en los otorgamientos de testamentos.

Nada se recoge acerca de su naturaleza como de la *obsignatio*, aunque sí se prescribe el mantenimiento del resto de solemnidades, y por tanto, el mismo número de testigos, que serían cinco en el caso civil y siete en el pretorio. Sin embargo, en este primero se pide además la comparecencia del *libripens* y el *familiae emptor*, de modo que para su validez el testamento civil siempre contaba con la intervención de siete testigos, aunque por su trayectoria histórica, como es la supresión de negocios jurídicos procedentes del *ius civile* o la codificación del derecho pretorio por el *edictum perpetuum* de Salvio Juliano, es notable que se reivindica necesariamente la presencia de siete testigos pese a que estas dos constituciones podrían contemplar ambas modalidades. El hecho de que no exista actividad legislativa anterior a la promulgación de ambos rescriptos ante la ausencia de edictos que regularan los supuestos generales de las epidemias pone de manifiesto que no presentaba realmente problemas al contar previamente con normas o protocolos de actuación que no han podido llegar a nuestros días y además de que el carácter unilateral de los rescripta imperiales que en algunos casos llegaban a entregarse por carta, alcanzaban la eficacia general como si se tratasen de cualquier *edicta*.<sup>310</sup>

---

<sup>309</sup> En este sentido, resulta evidente la motivación a la hora de legislar el contexto epidemiológico que asoló Roma durante la segunda mitad del siglo III d. C. La denominada “plaga de Cipriano” causó más de tres millones de muertos y una gran escasez de alimentos en toda la península, falleciendo diariamente en Roma alrededor de cinco mil personas y causando una grave crisis política con el fallecimiento del emperador Claudio II. RODRÍGUEZ-MAFFIOTTE, M. C. y MARTÍN OVAL, M. (2014). “Módulo 5. Epidemias de importancia histórica de origen incierto”. En *La peste. El cuarto jinete. Epidemias históricas y su repercusión en Tenerife*. Santa Cruz de Tenerife: Organismo Autónomo de Museos y Centros, p. 92.

<sup>310</sup> CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2002). “Formas testamentarias postclásicas especiales: 1. *Testamentum tempore pestis*”. En *Estudios jurídicos “in memoriam” del profesor Alfredo Calonge*. Vol. 1. Salamanca: Caja Duero, p. 224.

La interpretación y sentido de estas constituciones también ha sufrido contratiempos a tenor del trabajo de la glosa,<sup>311</sup> por la que se han configurado textos con un sentido completamente distinto al aquí detallado como es que el propio supuesto epidémico tenía que afectar a los testigos y no al testador, como es el caso de los códigos de Berlín y de Casino. No puede entenderse que la razón de un testamento sea la situación de los testigos y no la del testador, sobre quien se fija la necesidad de ordenar su sucesión patrimonial en virtud de otro, sin perjuicio de que a día de hoy no haya ninguna modalidad sucesoria por falta u enfermedad concerniente a los testigos.

Aquí tenemos el caso de una constitución imperial del emperador Justiniano del año 530, en este sentido:<sup>312</sup>

*Idem a Iuliano PP (...) Si quid autem necessarium advenerit et in ipsum corpus laborantis respiciens contigerit, id est vel victus necessarii vel potionis oblatio vel medicaminis datio vel impositio, quibus relictis ipsa sanitas testatoris periclitatur, vel si quis necessarius naturae usus ad depositionem superflui ponderis immineat vel testatori vel testibus, non esse ex hac causa testamentum subvertendum licet morbus comitialis, quod et factum esse comperimus, uni ex testibus contigerit, sed eo quod urguet et imminet repleto vel deposito iterum solita per testamenti factionem adimpleri (...).*

Si bien en estos casos concretos se permite la interrupción del acto de otorgamiento por circunstancias imputables tanto a testador como a testigos, como es la toma de alimentos, pociones o medicamentos en caso de que peligrase la salud del testador, éste sufriera incontinencia e incluso la epilepsia de alguno de los testigos sin que tales posibles interrupciones supusieran la invalidez del otorgamiento testamentario, esta disposición no constituye ningún tipo de testamento<sup>313</sup> sino unos requisitos de validez del acto de otorgamiento general en caso de suspensión,

---

<sup>311</sup> Para un estudio más detallado de estas nuevas interpretaciones, véase LÁZARO GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 9.

<sup>312</sup> CJ. 6. 23. 28.

<sup>313</sup> En este sentido, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *op. cit.*, p. 224.

siempre y cuando se concluyera más tarde. Como ocurre en el modelo sucesorio español, la teoría general del testamento permite la existencia de diversos motivos por los que cabe la fragmentación del acto de otorgamiento sin que pierda su validez.

### III. Antecedentes en el derecho histórico castellano

La virulencia y ferocidad de los contagios provocados por enfermedades epidemiológicas no tuvo excepción alguna a lo largo del mundo conocido hasta el siglo XVIII. En el caso de Europa,<sup>314</sup> y en concreto de España, la peste negra hace aparición en 1348, extendiéndose rápidamente por toda la península en menos de dos años con consecuencias devastadoras hasta finales de siglo XIV. El despoblamiento de los territorios que comprendían la Corona de Aragón y los estragos en las cosechas de la ribera del Duero como zona especialmente afectada que darían lugar a una profunda crisis económica e incluso sorprendiendo con la muerte al propio rey Alfonso XI en Gibraltar, fueron las consecuencias más relevantes, entre otras, haciendo que las cortes de los distintos reinos peninsulares adoptaran medidas tales como la intervención gubernamental en precios y salarios o, como en el caso de Castilla, la revisión de casamientos en segundas nupcias de cara a identificar el número de ciudadanos que más posibilidades tenían de afrontar inminentes subidas de tributos.<sup>315</sup>

---

<sup>314</sup> Aunque no se sabe ciertamente cómo fue, una primera aproximación de su llegada se encuentra en los mongoles como transmisores que llegaron por el Mar Negro atacando a los italianos “bombardeando” con muertos altamente infecciosos. De aquí, los mercaderes se dirigieron por las ciudades de Europa y sus rutas comerciales expandiendo tal enfermedad por las costas mediterráneas de Francia, Italia y España en primer lugar. HAINDL, A. L. (2010). “La peste negra.” En *Revista medieval: Arqueología, historia y viajes sobre el mundo medieval*, Nº 35, p. 58.

<sup>315</sup> También se conservan epidemias anteriores a estas fechas, como la que se produjo en Sevilla en 1311, produciendo una crisis de subsistencia al sumarse también una escasez de cosechas. Incluso se conserva un documento de 1364 del concejo de Sahagún por el que se niega la posibilidad de enviar treinta soldados al rey Pedro I ante el elevado índice de despoblación que presentaba la ciudad. De todas, RODRÍGUEZ LÓPEZ A. M. (2013). “Modelos de diversidad: crecimiento económico y crisis en los reinos hispanos en la Baja Edad Media.” En *Vínculos de Historia. Revista del Departamento de Historia de la Universidad de Castilla-La Mancha*, Nº 2, p. 39.

Sin embargo, la normativa de los reinos peninsulares no hace alusión alguna al testamento en caso de peste pese a la influencia del derecho romano que reciben el Fuero Juzgo y las VII Partidas.

El Fuero Juzgo, como traducción al romance del *Liber Iudiciorum* en el siglo XIII, sí que conserva la otra forma de testamento extraordinario que a día de hoy mantiene el Código Civil como antecedente muy remoto.<sup>316</sup> Así pues, esta fuente fija un testamento en peligro de muerte para menores de entre diez y catorce años, y en la misma disposición prohíbe la comparecencia como testigos a locos y niños (Ley 10, Tít. V, Libro III).<sup>317</sup> Cabría entender que este testamento reconocería una capacidad especial para testar a los niños de las edades comprendidas entre diez y catorce años sin contradecirse al proscribir, a su vez, su presencia como testigos en el acto de otorgamiento, ya que si bien el Fuero Juzgo establece la mayoría de edad a los veinte años,<sup>318</sup> los niños podrían comparecer como testigos en los pleitos una vez alcanzados los catorce años.<sup>319</sup>

De otra, hay fórmulas testamentarias que recogen las Partidas<sup>320</sup> con

---

<sup>316</sup> Versión del Fuero Juzgo por la Real Academia Española en 1815 con estudio preliminar por S. M. CORONAS GONZÁLEZ, publicada por la Agencia Estatal BOE, 1ª edición.

<sup>317</sup> “Los ninnos que son menores de XIV annos, si quisieren fazer manda de sus cosas ó otro promittimiento, ó por escripto, ó por testimonias, non le puedan fazer, fueras ende si fuere por enfermedad ó por miedo de muerte. E si por ventura esta coyta ovieren de X annos adelante, puede cada uno de ellos mandar de sus cosas lo que quisiere. E si despues combrar de la enfermead, quanto mandaron no deve valer, fueran ende si por ventura tornaren en enfermedad, é lo otorgaren de cabo, ó si ovieren depues complidos XIV annos. E los ninnos ó los vicios que son fechos locos, é que non an nenguna sanidad en nenguna ora, nin pueden ser testimonias, ni maguer fagan manda, non deve valer. Mas si en alguna ora ovieren sanidad, lo que fizieren en aquel tiempo de sus cosas deve seer establescido”

<sup>318</sup> Afirma RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2015) “¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español!” En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 49, p. 131, que tanto el legislador primitivo como el medieval nunca partieron de una regla o principio estable para delimitar la mayoría de edad por lo que ésta siempre osciló entre los veinte años que marca el Fuero Juzgo y los veinticinco del derecho romano.

<sup>319</sup> “El ninno ó la ninna pues que ovieren complidos XIV annos, mandamos que puedan ser testimonias en todo pleyto” (Ley 12, Título IV, Libro II relativo a la “*fasta quanto tiempo puede el omne ser testimonio*”).

<sup>320</sup> Una versión virtual que reproduce la obra glosada por LÓPEZ, G. y CANO, B. (impr.) (2009). “Las Siete partidas del Alfonso X El Sabio”, Tomo III, que contiene la VI y la VII partida, basada en la de Madrid, en la Oficina de Benito Cano (1789), Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

idéntica naturaleza a los testamentos romanos en la etapa clásica, como es el caso del testamento del ciego al reforzar el acto de otorgamiento con un octavo testigo en ausencia de escribano público (Partidas 6. 1. 14)<sup>321</sup> o el testamento *parentum inter liberos*, manteniendo los dos testigos requeridos para su otorgamiento y su dualidad formal mediante escritura de puño y letra por el padre u oral, señalando el nombre de sus hijos, nietos, cuotas en letras y su fecha de otorgamiento (Partida 6. 1. 7).<sup>322</sup> La necesidad de instituir al heredero al no ser posible morir en par-

---

<sup>321</sup> “El çiego no puede fazer testamento fueras ende desta manera deue llamar siete testigos & vn escriuano publico. & delante dellos deue dezir commo quiere fazer su testamento. Otrosi deue nonbrar quales son aquellos que estableçe por sus herederos & que es lo que manda & el escriuano deue escreuir todas estas cosas delante los testigos. o si eran ante escriptas deue ser leydo delante ellos. & despues que /2/ fueren escriptos & leydos deue dezir el çiego manifestamente commo aquel es su testamento. E desi cada vno de los testigos deue escreuir su nonbre en aquella carta si supiere escreuir. si no deue lo fazer escreuir a otro. E tan bien el escriuano publico que escriuiere la carta commo los testigos deuen sellar la carta con sus sellos. & si el escriuano no pudiere auer deue auer otro que lo escriua que sean con el ocho testigos en lugar del escriuano. & esta guarda deue ser fecha en el testamento del çiego porque no pueda ser fecho ningund engaño.”

<sup>322</sup> “Acabado testamento es aquel que es hecho en algunas de las maneras que diximos en las leyes ante desta & si de otra guisa lo hiziese no seria valedero. pero si el padre hiziese testamento en que estableçiese por herederos a los hijos & a los nietos que desçendiesen del o partiese lo suyo entre ellos maguer en tal testamento no fuesen escriptos mas de dos testigos valdrie bien asi commo si fuesen hecho acabadamente ante siete testigos que pusiesen por sus nonbres & sus sellos. Eso mismo serie quando desta manera el padre o el auuelo partiese lo suyo por palabra tan solamente entre sus hijos & sus nietos haziendolo ante dos testigos rogados & llamados para esto. Otrosi dezimos que si en tal testamento commo este fuese ayuntada otra persona a quien heredase el padre en vno con los hijos que quanto tañe en la persona del estraño no valdrie el testamento [fol. 3r] commo quier que en todas las otras cosas que fuesen y escriptas o dichas serie valedero. E avn dezimos que si el padre faze testamento en escripto no guardando todas las cosas que diximos que deuen y fazer & ser guardadas poder lo ye hazer en dos maneras. La primera es que después que el testamento es escripto deuese escreuir el padre diziendo así. este testamento que fiz quiero que sea guardado otrosi deuen dezir & so escreuir los fijos este testamento que fizo nuestro padre otorgamoslo. La segunda manera es que si el padre supiese escreuir que lo puede hazer de su mano diziendo en el los nonbres de todos sus fijos & todo su testamento en que manera lo faze & commo lo ordena. & sobre todo deue el escreuir todo quanto en este testamento escreui quiero que sea guardado & en el testamento que fuese fecho en alguna destas dos maneras puede el padre mandar algo a onbre estraño si se quisiere o puede franquear sus sieruos pero ha menester que tal testamento sea fecho ante dos testigos a lo menos rogados & llamados para esto”

te testada y en parte intestada, la rogación formal de los siete testigos y la unidad del acto en la que el testador debía manifestar detalladamente sus últimas voluntades son otras de las figuras que este texto recibió en estricta recepción de las fuentes romanas justinianeas.<sup>323</sup>

Tiempo después, tanto en la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla de 1567 por Felipe II<sup>324</sup> como en la Novísima Recopilación de 1805 por Carlos IV,<sup>325</sup> se recogieron las formas de hacer testamento reguladas tanto en el Ordenamiento de Alcalá (Título XIX, Ley 1) como en la Ley de Toro 3ª de 1505 promulgada por Juana I de Castilla, que respecto de esta última disposición se determinó una distinción ya efectuada por las VII Partidas entre el testamento abierto nuncupativo y el testamento cerrado en el que intervendrían siete testigos con un escribano como fedatario público y la firma de ocho personas, siendo la del testador sustituida por la de un octavo testigo en los casos en que éste no pudiera firmar, más el signo del notario. En el caso del testamento del ciego se fija un mínimo de cinco testigos, dos menos de los fijados por el derecho romano imperial.

En concreto, el testamento nuncupativo que aborda la Novísima Recopilación de Carlos IV aparece en la Ley I por la que se incluye no solo la disposición del Ordenamiento de Alcalá (Título XIX, Ley 1)<sup>326</sup> relativa a los testamentos que se reforma, sino también por la pragmá-

---

<sup>323</sup> Siguiendo a PEREZ MARTÍN, A. (1992). “Fuentes romanas en las Partidas”. En *Glossae. European Journal of Legal History*, Nº 4, p. 227, todas las fuentes jurídicas que inspiran las VII Partidas son de origen conocido al imitar requisitos y formalidades romanas tanto externos como internos sustituyendo la simplicidad del derecho de Castilla e incluso con reminiscencias de la primitiva forma de testar de los comicios de la Roma arcaica.

<sup>324</sup> Versión virtual que ofrece la Biblioteca Digital de Castilla y León (BDCYL) en la que se reproduce una copia digital de la recopilación de leyes hechas hasta 1568. DE ATIENZA, B. y DE ANGULO, A. (publicador). Disponible a 1 de abril de 2023 en:

<https://bibliotecadigital.jcyl.es/es/consulta/registro.do?control=CYL20090070844>

<sup>325</sup> Versión virtual que ofrece el BOE: “Novísima recopilación de leyes de España”, Tomo V, Libros X, XI y XII, publicada en 1993. Disponible a 2 de septiembre de 2022 en:

[https://boe.es/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63&tipo=L&modo=2](https://boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63&tipo=L&modo=2)

<sup>326</sup> “Si alguno ordenare su testamento ó otra postrimera voluntad con Escribano público, deben ser presentes á lo ver otorgar tres testigos á lo ménos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere : y si lo hiciere sin Escribano público, que sean ahí á lo ménos cinco testigos, vecinos, segun dicho es , si fuere lugar donde los pudiere haber ; y si no pudieren

tica sanción de Felipe II en 1566, por la que aparece una nueva forma de testar sin presencia de notario y ante siete testigos a los que no se requería que fueren vecinos del lugar de otorgamiento. Se trata de una norma en cascada por la que, en primer lugar, si se otorgaba testamento ante escribano público se requería de tres testigos vecinos del lugar de otorgamiento y que a falta de este notario, serían necesarios cinco vecinos si el lugar de otorgamiento lo permitiere y, en caso de que no fuera posible la comparecencia del escribano ni de estos cinco testigos, la validez del testamento se consagraba con la presencia de al menos tres testigos vecinos del lugar (Libro XI, Título XVIII, Ley I). En definitiva, la introducción de este testamento nuncupativo pone fin a esta norma en cascada, aunque el hecho de que se recoja de manera seguida, sin distinguir cada uno de los testamentos en leyes o apartados separados, puede dar lugar a lo contrario. El hecho de que de un otorgamiento ante tres testigos sin presencia de escribano se pase a un otorgamiento ante siete, aunque no reúnan la condición de vecinos del lugar, no hace más que confirmar la naturaleza autónoma que tiene esta nueva forma sucesoria, excluyendo cualquier otra interpretación que la identifique con una disposición subsidiaria o dependiente de otras.

La distinción general de estas dos clases de testamentos presentes a lo largo de todo el derecho medieval español, establece un ámbito lo suficientemente amplio como para poder encuadrar el testamento en peligro inminente de muerte y el de epidemia en la clasificación de tes-

---

ser habidos cinco testigos, ni Escribano en el dicho lugar, á lo ménos sean presentes tres testigos vecinos del tal lugar : pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos , ni pase ante Escribano, teniendo las otras calidades que el Derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar adonde se hiciere el testamento: y mandamos, que el testamento que en la forma suso dicha fuere ordenado, valga en quanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen , aunque el testador no haya hecho heredero alguno ; y entónçes herede aquel, que segun Derecho y costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el testador no hiciere testamento , y cúmplase el testamento. Y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas, y en las otras cosas que en él se contienen. Y si alguno dexare á otro en su postrimera voluntad por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa, para que la dé á otro alguno á quien substituyere en la herencia ó manda, si el tal heredero ó legatario no quisiere aceptar, ó renunciare la herencia ó el legado, el substituto ó substitutos lo puedan haber todo?'

tamentos nuncupativos pese a no disponer de una regulación específica hasta los proyectos codificadores del siglo XIX. Sin embargo, la presencia de testigos en estos testamentos tenía una doble función. Por un lado, probatoria, de cara a certificar la existencia de la voluntad testamentaria cuando fuere escrito o del testimonio cuando fuere oral. Y por otro lado, de autorización del propio testamento, cuando no intervenía el escribano, como en aquellos casos en los que se permitía el otorgamiento verbal ante cinco testigos, primando la unidad del acto en la firma del testamento tanto de éstos como del testador.<sup>327</sup> Por tanto, esta prevalencia de la unidad del acto que fue relativizada por Diocleciano nos hace descartar la inclusión de este testamento en cualquiera de las dos categorías anteriores y a considerarlo como no previsto a lo largo de todo el derecho medieval español hasta los anteproyectos de codificación civil del siglo XIX.<sup>328</sup>

En definitiva, y con justificación en lo señalado al principio de este apartado, resulta curioso que los juristas de las distintas épocas que ha atravesado la recopilación legislativa en la península no encontraran justificación para incluir en sus cuerpos normativos alusión alguna a este testamento, y es que las razones más ortodoxas para plantear una posible solución a esto vienen desde un punto de vista histórico y doctrinal. Por un lado, la omisión de este testamento durante los procesos de exégesis y codificación por parte de los glosadores de la Escuela de Bolonia en el siglo XI, los cuales no veían en las epidemias la causa de esta suce-

---

<sup>327</sup> RODRÍGUEZ DÍAZ E. (2020). "El artículo 681 del Código civil español y la discapacidad sensorial: Derecho Romano y regulación actual de los testamentos comunes ante notario". En *Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*, Vol. 1, Oviedo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, BOE, p. 631.

<sup>328</sup> A esta misma conclusión aduce CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2015). "El peligro inminente de muerte como fundamento de formas testamentarias extraordinarias en el Derecho romano y en el Código Civil". En *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*. Pamplona: Cizur Menor y Thomson Reuters-Aranzadi, p. 933, ante el hecho de que ser una modalidad testamentaria no regulada en nuestro derecho histórico, pese haber hecho más falta que nunca ante la propagación de la peste y demás enfermedades altamente infecciosas durante la Edad Media.

sión especial.<sup>329</sup> Y, por otro lado, el testamento hecho ante el peligro inminente de muerte es de existencia aún más remota, el cual sí goza de mayor prevalencia y recepción en las fuentes históricas, incentivando la predilección de los juristas en el estudio e interpretación de esta institución y su crónica.<sup>330</sup>

#### IV. El testamento en caso de epidemia español

LEl artículo 701 del Código Civil español lleva regulando desde su primera edición el supuesto testamentario por razón de epidemia imitando del modelo del legislador revolucionario francés, aún vigente y que cuya transposición e inspiración de las fuentes romanas se cumple en su integridad salvo un único aspecto. Mientras que el legislador español suple la ambigüedad de forma del rescripto romano permitiendo el otorgamiento de este testamento preferentemente escrito y oral de manera subsidiaria y ante la agrafía de los testigos en cuanto a lo que atañe a la firma del mismo, no hay antecedente alguno sobre el fraccionamiento del acto de otorgamiento. Previamente, existe el conocimiento de una Real Orden de 21 de agosto de 1885 que reiteraba en la celeridad de los notarios en atender a los requerimientos testamentarios de personas afectadas la cólera y, en ausencia o imposibilidad de comparecencia de éstos, a los propios secretarios judiciales salvo que no pudieran utilizarse otros medios legales pese a que tal procedimiento no encontraba excepción procesal en lo que respecta a su obligada y

---

<sup>329</sup> Durante el llamado Renacimiento jurídico medieval, resulta clara la falta de esta modalidad testamentaria ya que los glosadores de esta escuela incidían más bien en la necesidad de concurrencia de testigos en los testamentos otorgados por enfermedad sin que ésta fuera epidémica. LÁZARO GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 20.

<sup>330</sup> En este sentido, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *op. cit.*, p. 933, sostiene que ante la carencia de cura para la peste en Roma, el testamento en caso de epidemia puede considerarse como una modalidad del testamento en peligro inminente de muerte, ya que operaba en aquellos casos en los que el testador se encontraba afectado por esta enfermedad concreta.

posterior protocolización judicial.<sup>331</sup>

De situación distinta parte el artículo 699 del Código Civil que prevé la interrupción del acto de otorgamiento por accidente pasajero que, en caso contrario, será nulo (artículo 687 del CC). La jurisprudencia, centenaria en algunos aspectos de esta materia, ha excluido de la falta de unidad de otorgamiento tanto el suministro de medicinas al testador como la ingestión de alimentos y auxilios médicos a un enfermo,<sup>332</sup> así como cuando dos facultativos por requerimiento notarial examinan la capacidad para otorgar testamento.<sup>333</sup> De otro lado ha considerado su carencia cuando los testigos no presenciaron el acto de otorgamiento, pues resultaba imprescindible para comprobar su capacidad de testar por parte de un dictamen que pudieran emitir los médicos.<sup>334</sup>

## V. 1. Dinámica testifical de otorgamiento

Conforme al artículo 701 del CC, han de participar en el otorgamiento del testamento tres testigos mayores de dieciséis años. Se trata, pues, del único supuesto de disposición *mortis causa* que permitió comparecer como testigos a menores de edad y mujeres, manteniéndose vigente desde la primera redacción del Código, algo que no ha operado de la misma manera con las demás modalidades testamentarias.<sup>335</sup>

---

<sup>331</sup> En este sentido, MANRESA Y NAVARRO J. M. (1896). "Comentarios al Código Civil Español". Tomo V. En *Revista de Legislación*, Madrid, p. 535.

<sup>332</sup> Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia núm. 17/1968, 27 de septiembre, en Cendoj: ECLI: TS: 1968: 2869.

<sup>333</sup> Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia núm. 157/1918, 16 de noviembre, en Cendoj: ECLI: TS: 1918: 665.

<sup>334</sup> Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia núm. 87/1915, 18 de noviembre, en Cendoj: ECLI: ES: TS: 1915: 571.

<sup>335</sup> Hay que recordar la anteriormente nombrada reforma del artículo 681 del CC, por la Ley 24 de abril de 1958 que suprimió el impedimento el apartado primero del artículo en cuestión por el que las mujeres no podían comparecer como testigos, el cual ya contemplaba la excepción del artículo 701.

Si bien no existe una definición legal de testigo idóneo, la de testigo instrumental la encontramos en el artículo 180 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, por el cual son aquellos que presencian el acto de la lectura, consentimiento, firma y autorización de una escritura pública. Tienen un régimen de compatibilidad con los testigos de conocimiento (artículo 184 del RN) y han de firmar la escritura pública de protocolización del testamento como cualquiera de los demás testigos. Sin embargo, el contenido del artículo 701 del CC presenta inconvenientes de cara a entender la condiciones que deben reunir tales testigos, ya que no se hace mención expresa a su idoneidad, como ocurre con los testigos que han de concurrir en el testamento abierto notarial (artículo 697 del CC.), el cerrado (artículo 707 del CC) o bien el otorgado en peligro inminente de muerte (artículo 700 del CC).<sup>336</sup>

Para resolver esta cuestión podría partirse de la idoneidad exigida para este último testamento al requerir su hermano coetáneo de la presencia de cinco testigos idóneos, circunstancia que hace aplicables varios impedimentos de los artículos 681 y 682 del CC,<sup>337</sup> donde en el primero de ellos ya recoge como testigos excepcionales respecto de todos los

---

<sup>336</sup> Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de notario.

<sup>337</sup> Como doctrina reiterada del Tribunal Supremo referente a los testamentos extraordinarios, la *voluntas testatoris* debe quedar manifestada ante las personas que deben autorizar el acto como “condición indispensable y esencial”. STS 54/1907, de 11 de febrero, en Cendoj: ECLI: ES: TS: 1907: 322, STS 123/1925, de 27 de febrero, en Cendoj: ECLI: TS: 1925: 1044 y sin que la expresión de la última voluntad pueda presumirse “ni por consiguiente tener eficacia, cuando solo se la hace consistir en manifestaciones a las que no procede acto formal y serio que revele, en el supuesto testador, la deliberada resolución de testar” STS 135/1947, de 19 de mayo, en Cendoj: ECLI: ES: TS: 1947: 128. En opinión de GONZÁLEZ PORRAS, J. M. (2019). *Curso de Derecho civil. IV Derechos de familia y sucesiones*. 9ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 537, no pueden comparecer como testigos en caso de epidemia los ciegos, sordomudos, los que no entiendan el idioma del testador, locos y el cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario autorizante y sus trabajadores. Es decir, todos los testigos proscritos por la redacción primigenia del artículo 681 del CC que ahora parcialmente ya no resulta aplicable.

demás testamentos, a los menores para el acto de otorgamiento.<sup>338</sup>

Por tanto, los testigos intervinientes, además de poder exigírseles entender el idioma del testador y tener suficiente juicio para desarrollar la función testifical, no pueden ser herederos y legatarios incluidos en las últimas voluntades manifestadas, ni tampoco ser cónyuges, parientes de éstos hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, sin que ello afecte a aquellos testigos que sean legatarios o cónyuges y parientes de éstos, cuando el legado recaiga sobre un bien mueble o cantidad superflua en relación con el resto del caudal hereditario. Este último supuesto trata de evitar que los mismos testigos que participan activamente en el testamento sean beneficiados por una modalidad extraordinaria carente de otorgamiento notarial y que cuya función testifical es determinante para verificar la voluntad del causante cuando ésta se haya expresado oralmente.<sup>339</sup>

A diferencia de lo que ocurre con la legislación notarial, el Código Civil hace escasas referencias a la instrumentalidad de los testigos. La primera se halla en el artículo 685 del CC para el testamento notarial,<sup>340</sup> la segunda en el artículo 695, 2, del CC para el otorgamiento y autorización del testamento abierto notarial<sup>341</sup> y la tercera en el artículo 698, 1, del CC, por la que los testigos de conocimiento pueden acudir al acto de otorgamiento como testigos instrumentales. A esto hay que sumar

---

<sup>338</sup> Según CASTÁN TOBEÑAS, J. (2010). *Derecho civil español, común y foral. Tomo VI: Derecho civil español, común y foral; Tomo VI: Derecho de sucesiones, volumen 1: la sucesión en general, la sucesión testamentaria*. Edición revisada por J. M. GONZÁLEZ PORRAS. Madrid: Reus, p. 112, son aplicables al testamento en caso de epidemia las incapacidades establecidas para el testamento abierto ante la dispensa expresa del sexo y la minoría de edad.

<sup>339</sup> VELA SÁNCHEZ, A. J. (2020). "El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones generales." En *La Ley*, N° 9629, p. 6 y 7.

<sup>340</sup> "El Notario deberá conocer al testador y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. En los casos de los artículos 700 y 701, los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad".

<sup>341</sup> "Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos".

tanto la ausencia de intervención notarial como de la inclusión normativa de la idoneidad para estos tres testigos, lo que hace que se refuerce aún más su carácter instrumental y, por ello, han de atribuírseles las obligaciones de conocer al testador y asegurar su capacidad para testar ya que éstas, en el caso de los testamentos notariales, corresponden generalmente al notario autorizante. Sin embargo, si bien en ambos casos existe una conducta debida para identificar la capacidad del testador, no goza del mismo baremo de exigencia para tales agentes autorizantes. El notario parte de unos conocimientos y experiencia adquirida por su profesión que facilita la apreciación de su capacidad testamentaria de manera más certera que los juicios y valoraciones que con menos precisión hagan los tres testigos presentes en el otorgamiento no familiarizados generalmente con el acto sucesorio.

Esto aparece reflejado en el apartado segundo del artículo 685 del CC, otra regla fundamental de idoneidad que podría asociarse a los testigos que concurren en estas fórmulas especiales de testamento abierto,<sup>342</sup> los cuales deberán conocer al testador y comprobar su capacidad de testar. De tal modo que la necesidad de que los testigos ejerzan en ausencia del notario autorizante las funciones que les son propias en testamentos notariales, supone un incremento de responsabilidades atribuidas que hacen completamente necesario el juicio de idoneidad silente en el Código Civil para estos casos. Todos los testigos intervinientes transmiten de manera conjunta las últimas voluntades del testador como autorizadores del acto testamentario mediante la memoria y sin perjuicio de que se capte mediante formatos de vídeo y audio de contenido reproducible (artículo 64, 3, 2, Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862).

Antes de la reforma del Código Civil por la Ley 30/1991 de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, el artículo 685 solo exigía a los testigos de estos testamentos extraordinarios conocer al testador añadiéndose la obligación de asegurar

---

<sup>342</sup> Un comentario del artículo 685, 2, del CC, que recoge MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2013). *Comentarios al Código Civil. Tomo IV (Art. 588 a 818)*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 5290.

su capacidad testamentaria.<sup>343</sup> Este apartado segundo también marca unos medios de identificación del testador que a su vez se relacionan con otros dos artículos para el resto de testamentos: el 685, 1, relativo al reconocimiento del notario y el obtenido por dos testigos que lo conozcan que, en caso contrario, se procederá a identificar mediante documentos expedidos por autoridades públicas; y el sistema subsidiario del 686, que permite otorgar testamento a personas que no pueden ser identificadas por ninguno de los medios contemplados en el artículo anterior.

La posibilidad de aplicar estos medios de identificación del testador para este testamento extraordinario ha sido favorable mediante una exégesis de estos artículos. Si bien ésta va en su contra, la prevalencia del conocimiento del testador por parte del notario sobre los dos testigos que le conozcan y que a su vez deben ser conocidos por éste, por un lado, parece contradictorio que el notario pueda acudir a estos medios de conocimiento y no los testigos, aunque fueren de manera supletoria y, por otro lado, estas disposiciones parten de una finalidad objetiva que es reconocer al testador sea como fuere y que, en caso de que los testigos no lo conocieren, pueden tratar de identificarlo mediante documentos oficiales o incluso por testigos de conocimiento, sin perjuicio del sistema no oficial en base a los documentos aportados por el testador para dicho objeto (artículo 686 del CC).

Otro punto de coincidencia de estos testamentos extraordinarios es la cuestión que atañe a la agraphía de los testigos comparecientes en el acto, cuya regulación recoge en el artículo 702 del CC, por el que el testamento se escribirá “siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir”. Una doble forma de otorgamiento de la *voluntas testatoris*, en documento escrito como regla general por la que aboga la propia redacción del código, y otra oral, de carácter subsidiaria cuando se produzca una extrema imposibilidad

---

<sup>343</sup> La redacción primera de este apartado segundo del artículo 685 del CC disponía así: “Igual obligación de conocer al testador tendrán los testigos que autoricen un testamento sin asistencia de Notario, en los casos de los artículos 700 y 701”.

material,<sup>344</sup> que puede ser tanto de manera subjetiva, cuando la agrafia afecte a testador y testigos por igual u objetiva, por sucesos ajenos a las partes que imposibiliten en otorgamiento del testamento como circunstancias de tiempo, lugar y demás factores que influyan a la persona.<sup>345</sup>

En cuanto a la posibilidad de que las disposiciones testamentarias se constituyan de manera oral, se trata de una posibilidad que no deriva solo del artículo 702 del CC, sino de la propia redacción primitiva del artículo 703,<sup>346</sup> anteriormente contemplada como última *ratio*<sup>347</sup> y que exigía confiar en la memoria de los testigos presentes en el acto de otorgamiento.

---

<sup>344</sup> Siguiendo a LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A. (2009). *Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*. 4ª edición revisada por J. RAMS ALBESA, Madrid: Dykinson, p. 181, este es un requisito que recoge la jurisprudencia la cual entiende que el incumplimiento del otorgamiento escrito como requisito de validez debe suplirse con una interpretación más flexible por parte del Código, reconociendo así, de manera interpretativa, la formula oral aun en necesidad de documento escrito para evitar los excesos y falsedades que favorecen la simplicidad de estas fórmulas testamentarias.

<sup>345</sup> RIVAS MARTINEZ, J. J. (2011). “Libro II, De los diferentes modos de adquirir la propiedad: (Artículos 609 a 1087)” En *Código civil comentado*. 1ª edición. Madrid: Cizur Menor y Thomson Reuters-Civitas, p. 472.

<sup>346</sup> Así rezaba del artículo antes de su única reforma por la Disposición Final 1, 62, de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria: “El testamento otorgado con arreglo a las disposiciones de los tres artículos anteriores quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, o cesado la epidemia. Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Tribunal competente para que se eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente”.

<sup>347</sup> En este sentido, declara el Tribunal Supremo que “no cabe prescindir de la formalidad de la escritura sino en el caso extremo de imposibilidad material para impedir que pueda falsearse la voluntad del testador por medio de confabulaciones ulteriores que pongan en peligro su autenticidad, siendo nulo si fue posible escribirlo y no se escribió” (STS 281/1977, 2 de julio de 1977, en Cendoj: ECLI: ES: TS: 1977: 1063). También RIVAS MARTÍNEZ J. J. (2020). *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 607, sobre el artículo 702, conforme el cual estos testamentos extraordinarios solo se podrán otorgar de forma oral cuando por la urgencia del caso no pueda escribirse en el mismo momento del otorgamiento lo que no obsta a que los testigos con posterioridad puedan consignar por escrito las manifestaciones que el testador hizo suscribiéndolas con su firma y cuando los testigos no sepan escribir, lo cual implica que han de conservar en su memoria las manifestaciones testamentarias hasta el momento de hacer la declaración ante el juez para su posterior elevación a escritura pública y protocolización.

A día de hoy, este inconveniente ha sido superado con la posterior reforma del artículo 64, 3, de la Ley del Notario efectuada por la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, permitiendo que las últimas voluntades testamentarias consten en instrumentos tecnológicos con soporte audiovisual tomadas en el acto de otorgamiento para su posterior adveración y protocolización acorde al resto de la legislación notarial.

En definitiva, existe la posibilidad de que el testamento se redacte tanto por el testador como por los tres testigos que concurren en el acto de otorgamiento, de manera manuscrita o mecánica,<sup>348</sup> aunque es recomendable que sea escrito para, tras el fallecimiento del testador, entregarlo al notario a fin de que se advere y protocolice en la forma que fije la legislación notarial (artículo 704 del CC). Incluso se contempla que, al ser redactado de puño y letra por el testador, cumpla los requisitos para el testamento ológrafo (artículo 688 del CC),<sup>349</sup> cuya ventaja frente al de epidemia es que ni requiere de testigos para su otorgamiento ni está sometido a un plazo de caducidad que determine su validez.<sup>350</sup>

## V. Conclusiones

A lo largo de este texto, podemos poner de relieve que la regulación de esta modalidad sucesoria por el derecho romano, en la última etapa de su período histórico y posterior olvido en las legislaciones medievales,

---

<sup>348</sup> Entre otros, VELA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 7; LÁZARO GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 24; CALAZA LÓPEZ, A. (2020). “Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la nueva normalidad”. En *La Ley*, Nº 9645, p. 2; DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. (2020). “¿Cómo puedo hacer testamento durante la crisis del coronavirus?”. En *La Ley*, Nº 95498, p. 2.

<sup>349</sup> “El testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas mayores de edad. Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma. Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.”

<sup>350</sup> PÉREZ RAMOS, C. (2020). “Testamento en caso de epidemia.” En *Otro Sí. Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, Nº 6, p. 114.

no deja de traer más dudas que respuestas. Resulta curioso que, ante el carácter cotidiano y agresivo de las epidemias en la sociedad romana, no se hubiera dispuesto de este testamento antes del constitucionalismo imperial y que su regulación se hubiera hecho a raíz de un conflicto ciudadano a su instancia mediante rescripto y no a través de normas alcance general y vitalicio como los edictos del príncipe destinados a la totalidad de los ciudadanos.

No cabe duda de la importancia normativa que hubiera tenido esta modalidad sucesoria y el vanguardismo de su otorgamiento fragmentado en los aciagos tiempos de las enfermedades epidémicas que arrasaron una Europa donde la esencia del rescripto romano sustanciaba en procedimiento y forma una serie de normas reales que solo operaron en el sentido general de las necesidades de las personas. El proceso codificador que dio contenido a este particular testamento llegó tarde y su cuestionamiento demasiado pronto, hasta el punto de que las únicas reformas que operaron sobre su contenido fueron estéticas o bien colaterales ante la necesidad de reformar otras instituciones jurídicas más comunes, de mayor relevancia y uso en el ordenamiento jurídico español.

Aunque no se exija a los testigos saber escribir, siguen teniendo que cumplir todos los requisitos de idoneidad e instrumentalidad que se reservan para su comparecencia como ocurre en el resto de testamentos, ya sean comunes o especiales, y en cuanto a su plazo de caducidad ofrece menos garantías al destino de los bienes yacentes que otras modalidades testamentarias sin intervención de testigos. Frente a la invalidez del testamento a los dos meses desde que el testador deja de verse afectado por la epidemia y ante el transcurso de tres meses desde su muerte si no se autoriza ante notario, se fijan otras posibilidades testamentarias más atractivas como la ológrafa, cuyos requisitos se han relativizado en la agilidad de la práctica notarial y con un plazo de cinco años para su autorización tras la defunción o el testamento abierto notarial, sin plazo de caducidad desde su otorgamiento y ante el hecho de que la fe pública notarial se identifique como imprescindible en todos los testamentos no solo en las legislaciones autonómicas, sino también en las europeas estudiadas.

En todo caso, esta crítica no responde a un deseo que abogue por su supresión normativa, como ya debatieron los juristas a raíz de las reformas del Código en 1991, sino que la intención de tal postura es reformista, señalando tanto la requerida y tardía plasmación de su singularidad de origen romano, como cuán necesaria es su actualización a la ya curiosa y vieja redacción que han dado de su análogo los legisladores europeos que, por otra parte, coincide con las aspiraciones frustradas en mente de los juristas que vivieron el abandono normativo que el proceso codificador civil, muy prometedor en otros aspectos, concluyó sobre ella en su primera redacción, ante la ausencia referida a otros supuestos excepcionales que, compartiendo la misma naturaleza excepcional que la epidemia, no tuvieron acogida normativa alguna.

En definitiva, dentro de la exégesis de esta modalidad sucesoria se constata una total amnesia del legislador tanto en sus precedentes históricos como en su incorporación una vez finalizado el aciago período de epidemias que asolaron Europa. Puede mencionarse la salvedad de la recepción del precedente romanista en la legislación civil española, que solo se ha hecho eco de las posibles causas que puede interrumpir el acto de otorgamiento testamentario sin invalidar el mismo. No es así el caso de la modalidad sucesoria en tiempo de epidemia, que pierde por completo la singularidad que tenía su precedente romanista en materia de fraccionamiento de la *unitas actus*. En ese caso, se permitía a los tres testigos necesarios firmar de manera sucesiva e independiente –a lo largo del día o incluso en días siguientes– el testamento manteniendo un contacto limitado con el testador que comprendiera el percatarse mínimamente de su presencia.

# La distinción público-privado como principio estructurante de la religiosidad en Roma: el *Senatus Consultum de Bacchanalibus* y la represión de las Bacanales

---

Por Juan Bautista Bardi<sup>351</sup>

## I. Introducción

El objetivo de este trabajo será evaluar las diferentes causas que pudieron influenciar la decisión del Senado romano a emitir un senadoconsulto en el 186 a. C. regulando las Bacanales –una celebración religiosa en honor al dios Baco– y sometiénolas a un estricto control de las autoridades republicanas.

En un primer momento, comenzaremos reponiendo el contexto histórico en el cual se inscribe el suceso. A continuación, nos adentraremos en el relato que Tito Livio realiza sobre la regulación de las Bacanales en el Libro XXXIX de *Ab urbe condita*, poniendo el foco en una selección de pasajes.

---

<sup>351</sup> Abogado (Universidad de Buenos Aires), LL. B. (University of London). Doctorando (UC-Berkeley). Agradezco a los profesores Mirta Álvarez y Diego Santos por el constante apoyo brindado en el proceso de redacción de este artículo y en mi desarrollo académico.

Una vez finalizado el análisis de la fuente literaria, nos adentraremos en la fuente normativa en cuestión, deteniéndonos en las disposiciones centrales del senadoconsulto tal como han sido conservadas en una célebre inscripción en bronce proveniente de Calabria.<sup>352</sup> Por último, evaluaremos las diferentes líneas interpretativas que se han propuesto para echar luz sobre el evento.

Frente a las interpretaciones que consideran la represión de las Bacanales como una mera reacción xenófoba ante un rito eminentemente extranjero, o, por otro lado, una mera operación política que sirvió de pantalla para perseguir a facciones opositoras, propondremos una lectura que haga énfasis en el funcionamiento de un principio jurídico central: la distinción entre el ámbito público y privado. La hipótesis será que dicha celebración había adquirido determinadas características que implicaban una reestructuración, e incluso una subversión, de dicho principio del derecho, la política y de la regulación espacial romana. El senadoconsulto, pues, podría interpretarse como un intento de reafirmar la vigencia del mismo, especialmente en el ámbito religioso.

## II. Contexto histórico: expansionismo territorial y helenización de la cultura romana

Lo primero que debemos hacer es contextualizar este evento histórico y realizar algunas precisiones.

Desde un punto de vista político, la represión de las Bacanales se ubica luego de la Segundo Guerra Púnica, culminada en el 201 a. C., aunque también luego de la Segunda Guerra Macedónica, la cual se extendió hasta el 197 a. C., solo 10 años antes de la sanción del senadoconsulto bajo análisis. Estos datos nos permiten advertir que estamos ante un período de fuerte expansionismo territorial romano, el cual, sumado a la llegada de cuantiosos esclavos y extranjeros, expondrá a Roma a un

---

<sup>352</sup> *Corpus Inscriptionum Latinarum*, I, 581.

profundo contacto con otras culturas del mediterráneo. Puntualmente, Roma comenzará un proceso de marcada helenización de su sociedad y cultura.<sup>353</sup>

Desde un punto de vista jurídico, la academia suele enmarcar la sanción del senadoconsulto del 186 a. C. en el periodo pre-clásico.<sup>354</sup> Esto es relevante porque la doctrina mayoritaria entiende que, si bien durante dicha etapa los senadoconsultos no gozaban estrictamente de valor normativo, cuando éstos se referían al ámbito de lo que hoy llamaríamos “derecho público”, dicha ausencia normativa se encuentra disputada.<sup>355</sup> Desde ya que la distinción entre *ius publicum* y *ius privatum* no responde estrictamente a nuestra distinción moderna, y a su vez, ésta no se mantuvo idéntica durante toda la historia del derecho romano.<sup>356</sup> Es más, suele sostenerse que el concepto de *ius publicum* comenzó a utilizarse hacia fines de la República, gozando de un sentido particular. Buscaba poner el énfasis en el órgano del cual emanaba la norma en cuestión, es decir, su fuente, pero no su contenido.<sup>357</sup>

Esta precisión es sumamente importante porque la definición más famosa que nos ha llegado de *ius publicum* –la del Ulpiano citada por el Digesto– pone el énfasis, contrariamente, en el contenido de la norma, sin importar el órgano emisor: “Es derecho público el que se refiere al estado de la cosa romana” (*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat*). Y más adelante agrega: “el derecho público consiste en las cosas sagradas, las de los sacerdotes, y las de los magistrados” (*Publicum ius in*

---

<sup>353</sup> Para una contextualización histórica del suceso, ver PAILLER, M. (2021). “Dionysos against Rome? The Bacchanalian affair: a matter of power(s)” En DOROSZEWSKI F. y KARLOWICZ D. (eds.). *Dionysus and Politics: Constructing Authority in the Graeco-Roman World*. Londres & Nueva York: Routledge p. 63.

<sup>354</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. (1999). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, p.17; RINALDI, N. D. (2017). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Edictum, pp. 127-130.

<sup>355</sup> IGLESIAS, J. (1965). *Derecho Romano: Instituciones de Derecho Privado*. Madrid: Ariel, p. 47; DI PIETRO y LAPIEZA ELLI, op. cit., p. 77; RINALDI, op. cit., p. 134.

<sup>356</sup> Sobre la distinción *ius publicum* y *ius privatum*, ver RUSSELL, A. (2016). *The Politics of Public Space in Republican Rome*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 27-29.

<sup>357</sup> IGLESIAS, op. cit., pp. 89-92; DI PIETRO y LAPIEZA ELLI, op. cit., p. 11; RINALDI, op. cit., p. 112.

*sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit*).<sup>358</sup>

Como veremos, tanto en el senadoconsulto del 186 a. C., como en el relato de Tito Livio, si bien la distinción público-privado no se encuentra explicitada desde una perspectiva jurídica, ésta se encuentra implícita en todo momento.

### III) Las Bacanales como ritual religioso y como conjura clandestina

Culminada la contextualización, procedamos a analizar cómo es que Tito Livio nos presenta el evento:

*insequens annus Sp. Postumium Albinum et Q. Marcium Philippum consules ab exercitu bellorumque et provinciarum cura ad intestinae coniurationis vindictam avertit (Liv. 39. 8. 1).*<sup>359</sup>

*El año siguiente la atención de los cónsules Espurio Postumio Albino y Quinto Marcio Filipo se desvió del ejército y la preocupación por las guerras y las provincias hacia la represión de una conjura intestina.*

El primer dato de relevancia es la particular palabra que elige el historiador para describir las Bacanales: las llama una “conjura” (*coniuratio*), sustantivo que deriva del verbo *coniuro*, el cual en otros contextos puede referir a un mero pacto entre individuos, aunque aquí claramente carga con una connotación negativa: es un complot contra la República.<sup>360</sup> A su vez, parece que el asunto de las Bacanales llevó el interés de las autoridades romanas, hasta el momento absortas en sus programas de

<sup>358</sup> D. 1. 1. 1. 2.

<sup>359</sup> La edición del texto latino sigue la de Loeb realizada por PAGE, CAPPUS y ROUSE y traducida al inglés por SAGE, E. T. (ed.) (1936). *Livy. History of Rome*, Volume XI: Books 38-39. Loeb Classical Library, 313. Cambridge: Harvard University Press. La traducción al español sigue en líneas generales la de Gredos realizada por VILLAR VIDAL, J. A. (ed.) (1982), *Historia de Roma*, Volumen VII, Libros 36-40. Madrid: Gredos, con modificaciones.

<sup>360</sup> *Oxford Latin Dictionary*, s.v. *coniuro*.

expansión, hacia el interior de su territorio. Es decir, desde el comienzo podemos advertir un “giro espacial” que nos conduce de preocupaciones ubicadas por fuera de las fronteras romanas a preocupaciones que se ubican en el corazón de la misma ciudad de Roma.

A continuación, agrega:

*consulibus ambobus quaestio de clandestinis coniurationibus decreta est (Liv. 39. 8. 3).*

La investigación acerca de las conjuras clandestinas fue asignada por decreto a los dos cónsules.

Resulta notable el agregado de un nuevo adjetivo para referirse a este complot: “clandestina” o “secreta” (*clandestina*). Como dijimos, es un evento al interior de Roma, pero, paradójicamente, oculto de los ojos de la República. Lo mencionado no es menor, porque el estar por fuera del radar de las autoridades es lo que llevará a que se decida realizar esta “investigación” (*quaestio*).

#### IV. Las Bacanales como enfermedad: su llegada a Roma

El segundo paso de Tito Livio será explicar cómo es que aquellos ritos llegaron a Roma. Aquello reviste de sumo interés para nuestro enfoque y se conecta con el contexto histórico previamente mencionado.

De Grecia, las Bacanales habrían desembarcado en Etruria, y de Etruria, finalmente en Roma:<sup>361</sup>

*graecus ignobilis in Etruriam primum venit nulla cum arte earum, quas multas ad animorum corporumque cultum nobis eruditissima omnium gens invexit, sacrificulus et vates (Liv. 39. 8. 3).*

---

<sup>361</sup> Si bien el “baco-dionisismo” fue una incorporación helénica a la cultura romana, los mismos griegos no lo consideraban un dios nativo, tal como señala Heródoto (II. 146).

Un griego desconocido llegó primero a Etruria, que no poseía ninguna de las muchas artes que difundían entre nosotros el más culto de los pueblos para el cultivo de la mente y del cuerpo: una mezcla de practicante de ritos y adivino.

Y más importante aún,

*Huius mali labes ex Etruria Romam veluti contagione morbi penetravit. Primo urbis magnitudo capacior patientiorque talium malorum ea celavit: tandem indicium hoc maxime modo ad Postumium consulem pervenit (Liv. 39. 9.1).*

El carácter corrosivo de este mal se propagó de Etruria a Roma como una enfermedad contagiosa. Al principio, la magnitud de la urbe, más capaz de dar cabida y soportar males como éste, lo mantuvo oculto, pero acabó por llegarle información al Cónsul Postumio más o menos de la manera siguiente.

Lo relevante de estos pasajes es que nos permite advertir cómo, desde un comienzo, el asunto de las Bacanales estará influenciado por el problema de la extranjería en el ámbito religioso. No es menor que el avance del rito sea descrito por Tito Livio como equivalente al de una “enfermedad contagiosa” (*contagione morbi*), como una peste que provenía del este, como el elemento extraño que se infiltraba en el cuerpo de la República. A su vez, menciona que el rito fue introducido, por primera vez, de la mano de un “griego desconocido” (*graecus ignobilis*), a quien lo caracteriza de forma peyorativa, distinguiéndolo del culto pueblo griego.<sup>362</sup> Aquí notamos una ambivalente opinión en torno a lo griego: por un lado, la figura del griego embustero, y por otro, el ideal de los griegos sabios.

Ahora bien, no debemos apresurarnos a interpretar la represión de las Bacanales simplemente como una reacción xenófoba por parte del

---

<sup>362</sup> De todas formas, existen pruebas suficientes para sostener que incluso desde el s. V. a. C. los ritos en honor al dios Baco tenían presencia en la Magna Grecia, STEINHAUER, J. (2020). “Dionysian associations and the Bacchanalian affair”. En MAC GÓRAIN, F. (ed.). *Dionysus and Rome: religion and literature. Trends in classics, supplementary volumes*, 93. Berlín & Boston: De Gruyter, pp. 135-138.

Senado, incluso si Tito Livio utiliza una serie de adjetivos que favorecerían esa lectura. Sabemos que Roma tenía una actitud sumamente abierta hacia la incorporación de deidades extranjeras, tal como lo demuestra el mismo Tito Livio, por ejemplo, al relatar la incorporación a la religiosidad pública romana del culto de Cibeles, diosa cuyo origen se remonta a Frigia. En el 204 a. C., aproximadamente dos décadas antes de la represión de las Bacanales, por medio de una negociación con el rey de Pérgamo Atalo I y dando cumplimiento a una profecía de los Libros Sibilinos, una imagen de la diosa Cibeles tallada en piedra fue traída a Roma para su adoración (*Liv.* 29. 11. 7). La misma fue renombrada como *Magna Mater* y su templo erigido en el monte Palatino. Por más que su aspecto extranjero nunca fue negado, siendo representada con ropajes exóticos y siendo llevada por leones, su asimilación fue sumamente rápida. Hay quienes sostienen, como Jean Bayet, que el éxito de su incorporación pudo haberse debido a la crucial alianza que Roma tenía con el rey de Pérgamo y al profundo temor que el pueblo romano sentía por Aníbal, de quien buscaba protegerse por medio del cumplimiento del oráculo de los Libros Sibilinos.<sup>363</sup> A su vez, el evento muestra cómo, durante el periodo republicano, la cultura romana ya habría dado importantes pasos de cara a la helenización.<sup>364</sup> Teniendo estos dos aspectos en consideración, el mero origen extranjero de Baco no podría haber sido una razón decisiva en la especial regulación que sufrieron sus ritos.

## V. ¿Qué sucedía durante las Bacanales?

La información que nos resta extraer del pasaje de Tito Livio es la siguiente: ¿qué era lo que sucedía durante las Bacanales? ¿Por qué dichos sucesos precipitaron la reacción del Senado siendo vehiculizada a través de un instrumento normativo?

---

<sup>363</sup> ZBAYET, J. (1984). *La religión romana. Historia política y psicológica*. Madrid: Ediciones Cristiandad, p. 210.

<sup>364</sup> BAYET, *op. cit.*, pp. 157-182.

*initia erant quae primo paucis tradita sunt deinde vulgari coepta sunt per viros mulieresque. additae voluptates religioni vini et epularum, quo plurimum animi illicerentur. cum vinum animos incendisset, et nox et mixti feminis mares, aetatis tenerae maioribus, discrimen omne pudoris extinxissent, corruptelae primum omnis generis fieri coeptae, cum ad id quisque, quo natura prouiderat libidinis esset, paratam voluptatem haberet. nec unum genus noxae, stupra promiscua ingenuorum feminarumque erant, sed falsi testes, falsa signa testamentaque et indicia ex eadem officina exhibant: venena indidem intestinaeque caedes, ita ut ne corpora quidem interdum ad sepulturam exstarent. multa dolo, pleraque per vim audebantur. occulebat vim quod prae ululatibus tympanorumque et cymbalorum strepitu nulla vox quiritantium inter stupra et caedes exaudiri poterat (Liv. 39. 8. 5-8).*

Se trataba de un culto en el que en un principio fueron iniciados unos pocos y después comenzó a difundirse entre hombres y mujeres. Al rito religioso se añadieron los placeres del vino y los banquetes para atraer al mayor número de adeptos. Cuando el vino y la nocturnidad y la promiscuidad de sexos y edades tierna y adulta eliminaron todo límite del pudor, comenzaron a cometerse toda clase de depravaciones, pues cada uno tenía a su alcance la satisfacción del deseo al que era más proclive por naturaleza. Y no se trataba de un solo tipo de maldad, como la violación indiscriminada de hombres libres y de mujeres, sino que de la misma fragua salían falsos testigos, falsos sellos de testamentos y delaciones, así como filtros mágicos y muertes tan ocultas que a veces ni siquiera se encontraban los cadáveres para darles sepultura. A mucho se atrevían por la insidia, y a mucho más por la violencia. Esta violencia quedaba tapada por el hecho de que, debido a los chillidos y el estrépito de los tímpanos y címbalos, no se podía oír ni una sola voz de los que pedían auxilio en medio de las violaciones y las muertes.

En primer lugar, advertimos el problema de la expansión no solo cuantitativa, sino también cualitativa del rito. Si bien las Bacanales comenzaron con unos pocos miembros, luego, tanto hombres como mujeres, libres y esclavos, se plegarían indistintamente.<sup>365</sup> A su vez, vin-

---

<sup>365</sup> Sobre el énfasis que Tito Livio deposita en la participación mezclada de mujeres y hombres en las Bacanales y su posible intención moralizante, ver STEINHAUER, op. cit., pp. 133-156.

culado a lo anterior, las Bacanales estaban teniendo un efecto sobre la psiquis de aquellos que participan: Tito Livio remarca la eliminación de “todo límite del pudor” (*discrimen omne pudoris*).<sup>366</sup> Entonces, no eran prácticas que tenían un efecto circunscripto a la duración del rito, sino que modificaba a quien participara. Y si advertimos que del mismo participaban hombres que luego deberían formar parte de la vida pública de Roma y de su ejército, comenzamos a entender la gravedad de la situación. Asimismo, si aquellas violaciones son mostradas como algo reprochable e indignante, el problema era que no se circunscribían solo a eso. Al parecer había intereses claramente públicos siendo cuestionados, al punto de que podían poner en jaque el buen funcionamiento de la República y sus normas. Evidentemente estamos frente a algo más que un simple rechazo a una deidad extranjera.

Lo dicho queda reflejado incluso de forma más clara en los pasajes restantes:

*nihil nefas ducere, hanc summam inter eos religionem esse... multitudinem ingentem, alterum iam prope populum esse, in his nobiles quosdam viros feminasque. biennio proximo institutum esse, ne quis maior viginti annis initiaretur; captari aetates et erroris et stupri patientes (Liv. 39. 13. 11-14).*

No considerar nada ilícito, éste era entre ellos el más alto principio religioso... Eran una multitud muy numerosa, casi una segunda población, y entre ellos algunos hombres y mujeres de la nobleza. Hacía dos años que se había decidido no iniciar a nadie mayor de veinte años; se hacía la captación en edades más permeables al engaño y la corrupción.

---

<sup>366</sup> La descripción que Catulo realiza en su *Carmen* LXIV sobre la locura de las bacantes guarda una notoria similitud a la de Tito Livio, por más que las separen aproximadamente cien años de distancia: “Unas agitaban sus tirso de punta cubierta de hojas; otras arrojaban los miembros de un ternero descuartizado; otras se ceñían de serpientes enroscadas; otras veneraban sagrados objetos en cestos profundos, objetos que en vano desean conocer los profanos; otras con las palmas abiertas batían los tímpanos o sacaban del bronce redondeado agudos chirridos; muchas soplaban cuernos que producían roncros zumbidos y la bárbara flauta resonaba con terrible canto” (254-264).

Y luego continua, citando las palabras que aparentemente habría pronunciado el cónsul Postumio:

*hoc sacramento initiatos iuvenes milites faciendos censetis, Quirites; his ex obsceno sacrario eductis arma committenda; hi cooperti stupris suis alienisque pro pudicitia coniugum ac liberorum vestrorum ferro decernent (Liv. 39. 15.13).*

¿Creen, Quirites, que se debe convertir en soldados a unos jóvenes iniciados con un juramento como éste? ¿confiar las armas a éstos que salen de un santuario de obscenidad? Estos que están enfangados en las perversiones propias y ajenas, ¿combatirán con las armas en defensa del honor de sus mujeres y sus hijos?

Pero ¿en dónde ubicar el principal problema que generaba esta celebración? A primera vista, parece evidente. Tal como sostiene Welsh, “era el detalle del abuso sexual sistemático, y especialmente, el que era infligido a jóvenes hombres, lo que causó el horror (...)”.<sup>367</sup> El escándalo político de iniciar jóvenes en los ritos se ve reflejado en una consecuencia práctica: la incompatibilidad de realizar un juramento para con Baco y el eventual deber de realizar un juramento militar en vistas de defender a Roma. Esta interpretación también es apoyada por Limoges: “La idea de que un hombre joven fuera iniciado antes de la edad de veinte significaba que estaba siendo iniciado exactamente al mismo momento en que debía obtener su *toga virilis*; esto no podía ser tolerado por el Senado”.<sup>368</sup> Es decir, lo que las Bacanales estaban minando era la virilidad y los valores cívico-militares que cimentaban la estructura de poder republicana.

Ahora bien, llevando un poco más lejos esta lectura, parece estar claro que el principal riesgo que corría la República no era solamente el aspecto destructivo de las Bacanales, sino el constructivo: la capacidad

---

<sup>367</sup> Ver WALSH, P. G. (1996). “Making a Drama Out of a Crisis: Livy on the Bacchanalia” En *Greece and Rome*, 43, 2, p. 200 (la traducción es propia).

<sup>368</sup> Ver LIMOGES, S. (2009). “Expansionism or Fear: The Underlying Reasons for the Bacchanalia Affair of 186 b. C.?” En *Hirundo*, 7, p. 90 (la traducción es propia).

de conformar una suerte de asociación entre individuos por fuera de la estructura del Estado romano, por fuera de sus instituciones, de su normativa. Un afuera de la ley, un afuera de la misma población romana, pero oculta en el mismo corazón de la República. Incluso, podría sostenerse que la modalidad adoptada por las Bacanales constituía un nuevo tipo de religiosidad, dado que demandaba la participación de una gran cantidad de personas sin que ésta se desarrollase en lugares públicos ni teniendo el objetivo de promover valores cívicos o políticos. Estos ritos eran, pues, sustraídos de la esfera pública, pero al mismo tiempo no eran privados en el sentido de un culto familiar conducido por el *pater*.<sup>369</sup> Al punto tal que Jean Bayet considera que la expansión de las Bacanales daría cuenta de un nuevo tipo de “individualidad” en la cultura romana, una demanda por salvación personal y satisfacción más allá de los intereses de la República obtenidos a través de la religión oficial.<sup>370</sup> En resumen, habría un intento de reconfiguración de las fronteras entre lo público y lo privado en materia religiosa.

Aquel intento o capacidad reconfiguradora queda todavía más claro si anclamos la distinción entre lo público y lo privado desde una perspectiva estrictamente espacial.<sup>371</sup>

Como pudimos notar, el relato de Tito Livio está plagado de referencias espacio-temporales. Por ejemplo, era la nocturnidad lo que fomentaba aquella pérdida del pudor (*Liv.* 39. 8. 6). A su vez, la celebración se realizaba fuera de los espacios públicos de la ciudad, puntualmente en el bosque sagrado de Estímula (*Liv.* 39. 12. 5).<sup>372</sup> Inclusive, cuando se

---

<sup>369</sup> Para un análisis sobre el impacto de las Bacanales en las relaciones familiares, ver PAILLER, *op. cit.*, p. 67.

<sup>370</sup> BAYET, *op. cit.*, p. 166.

<sup>371</sup> Amy Russell, posiblemente quien en mayor profundidad haya trabajado la dicotomía público-privado desde una perspectiva espacial, destaca que el problema al que nos enfrentamos cuando intentamos comprender el significado de los conceptos *publicus* y *privatus* en el mundo romano no solo consiste en la profunda diferencia existente con nuestros significados contemporáneos, sino también, con el hecho de que los académicos tienden a utilizarlos de formas muy variadas, adscribiendo a perspectivas y tradiciones divergentes, RUSSELL, A. (2016). *The Politics of Public Space in Republican Rome*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 10.

<sup>372</sup> Ubicado entre el Monte Aventino y la puerta Trigémina.

relata las reformas que la sacerdotisa Pacula Annia habría introducido modificaciones en los ritos corrompiéndolos, aparte de decidir iniciar hombres (dado que en un primer momento solo las mujeres estaban permitidas) y aumentar la frecuencia de tres veces al año a cinco al mes, se hace expresa mención de una modificación espacio-temporal: había cambiado “el rito de diurno a nocturno” (*et nocturnum sacrum ex diurno*) (Liv. 39. 13. 9).

Se comienza a configurar una compleja relación entre la no-visibility u ocultamiento de las celebraciones y aquel intento de reformular los espacios públicos y privados en el ámbito religioso. Las Bacanales tenían la capacidad de crear un espacio que ni era privado ni público en los sentidos tradicionales que las autoridades romanas buscaban sostener, sino un umbral en donde, reunidas las personas, celebrando juramentos y asociándose, no deseaban encarnar ninguno de los valores cívico-políticos de la República romana, lo que ponía su misma existencia bajo amenaza. Aquella preocupación queda evidenciada en el siguiente pasaje:

*adhuc privatis noxiis, quia nondum ad rem publicam opprimendam satis virium est, coniuratio sese impia tenet. crescit et serpit cotidie malum. iam maius est quam ut capere id privata fortuna possit: ad summam rem publicam spectat. nisi praecaveatis, Quirites, iam huic diurnae, legitime ab consule vocatae, par nocturna contio esse poterit* (Liv. 39. 16. 3).

La impía conjura se circunscribe de momento a delitos contra particulares porque no tiene una fuerza suficiente para aplastar a la República. El mal va creciendo y se va infiltrando día a día. Está ya demasiado extendido como para mantenerse en el ámbito de los intereses privados, apunta al conjunto de la República. Si no toman cartas en el asunto, Quirites, en este momento, paralelamente a esta reunión diurna legalmente convocada por el cónsul podrá celebrarse otra durante la noche.

Ahora bien, Russel sostiene que si bien existen registros sobre la utilización de los conceptos “público” y “privado” por los romanos para referirse al espacio —como lo muestra sus citas de Cicerón y Plinio— considera que casi ningún espacio en Roma podía ser encasillado cómodamente bajo dichos rótulos. En este sentido, ella remarca la existencia de espacios “grises” y de constantes solapamientos entre ambos.<sup>373</sup> Y de todos los espacios que gozaban de dicha naturaleza porosa, aquellos concebidos como sagrados eran los paradigmáticos. El espacio sagrado por momentos aparecía como un territorio no categorizable bajo las etiquetas público o privado, pero en otros, aparecía siendo subsumido tanto por una como por la otra.<sup>374</sup> Esta interpretación, lejos de cuestionar la nuestra, nos permite entender mejor la potencia transformadora que tenían estos ritos, ya que según Russel en el senadoconsulto de las Bacanales “el par dicotómico publico/privado está bajo ataque, dado que el espacio fuera la ciudad parece pertenecer a una categoría propia”.<sup>375</sup>

## VI. La reacción del Senado: una solución normativa

Habiendo intentado comprender los riesgos que suscitaban las Bacanales, la legislación emitida por las autoridades republicanas cobra notable claridad.

Frente a esta situación, el Senado habría sancionado una serie de senadoconsultos, de los cuales Tito Livio destaca tres. El primero es aquel que autoriza a uno de los cónsules a emprender una investigación, la cual termina con el encarcelamiento y ejecución de gran parte de aquellos que habían participado (*Liv.* 39. 14. 6-9). El segundo, el cual atrajo a la mayor atención de los académicos, es aquel que establece la regulación de las futuras celebraciones de Baco (*Liv.* 39. 18. 8-9). El tercero

---

<sup>373</sup> RUSSELL, *op. cit.*, pp. 8-9.

<sup>374</sup> RUSSELL, *op. cit.*, p. 30.

<sup>375</sup> RUSSELL, *op. cit.*, p. 29.

y último establecía la entrega de recompensas a los informantes (*Liv.* 39. 19. 1-7). Desde ya que la razón detrás de la relevancia del segundo senadoconsulto se debe principalmente a que, aparte de la descripción del historiador romano, contamos con una fuente epigráfica que nos transmite la norma en cuestión.<sup>376</sup> Si bien no pretendemos realizar un estudio comparativo entre dicha fuente y el relato que Tito Livio emprende del mismo,<sup>377</sup> es pertinente mencionar los aspectos en donde ambos coinciden.

Lo primero a destacar es que en ningún momento el Senado procederá a prohibir las Bacanales. Simplemente buscará asimilarlas a la religión oficial romana. Puntualmente establecerá un procedimiento especial para su celebración, por el cual se debía realizar una petición ante el pretor urbano y luego el Senado debía autorizarlo (*SC* 3-9). Evidentemente buscaba traer a los ojos de la República algo que, de lo contrario, sucedería sin su conocimiento y en un espacio oculto.

En segundo lugar, el senadoconsulto buscaba eliminar cualquier tipo de estructura dentro de las Bacanales, dado que impide que se establezcan jerarquías internas, que se recaude dinero y que se hagan pactos más allá de los que se hacía para con Roma y el ejército (*SC* 10-18). Concretamente, evitar cualquier conformación de una organización que compita con las potestades de las autoridades romanas.

En virtud de lo sostenido hasta el momento, el senadoconsulto buscará reafirmar aquella distinción público-privado en materia religiosa y evitar la conformación de un tipo de práctica que pudiera resignificarla o subvertirla de una forma incompatible con el poder republicano.

## VII. Conclusiones

A modo de conclusión, si el senadoconsulto en cuestión no buscaba prohibir, sino controlar y regular de forma oficial la celebración de las Bacanales, esto muestra que no estamos ante una mera reacción lisa y

---

<sup>376</sup> *Corpus Inscriptionum Latinarum*, I, 581.

<sup>377</sup> Ver PAILLER, *op. cit.*, pp. 68-73.

llanamente xenófoba ante un rito no romano.

Desde ya, esto no quiere decir que detrás de la regulación de las Bacanales no existieran intereses sumamente pragmáticos. En primer lugar, todo el asunto de las Bacanales puede ser leído como una defensa a las presiones ejercidas por los Cornelios Escipiones para helenizar Roma y, entonces, estaríamos ante un episodio de puja de poder interna.<sup>378</sup>

En segundo lugar, muchos autores argumentan que la reacción del Senado pudo ser una forma de reafirmar el poder de Roma en la península y eliminar cualquier hipótesis de revuelta. Por ejemplo, Gruen argumenta que

Roma tenía pocas razones para considerar al culto como un riesgo para la religión, la sociedad o el orden público. Pero las sectas de Baco proveían de víctimas convenientes para objetivos que poco tenían que ver con la secta en sí. La campaña contra la adoración de Dioniso debe ser vista principalmente como una demostración —una escenificación de los líderes con el objetivo de mostrar autoridad senatorial, de ratificar el dominio de Italia, de distinguir intereses colectivos de excesos individuales, y de distanciarse de algunas manifestaciones de helenismo.<sup>379</sup>

En una línea similar Takács sostiene que “el rechazo del senado nada tenía que ver con escrúpulos religiosos o morales, por más que Tito Livio lo insista; era una cuestión sobre los derechos tradicionales de los senadores y su poder político”.<sup>380</sup>

Pero como hemos mostrado, uno de los problemas con las Bacanales, en virtud de la forma y el lugar en dónde eran celebradas, era que tendía a trastocar las fronteras usuales entre el ámbito público y privado romano. No solo lo vemos desde una perspectiva espacial, es decir, en aquel intento del Senado de traer aquellos ritos a un ámbito de visibilidad pública, sino también, desde la perspectiva de intentar controlar

<sup>378</sup> BAYET, *op. cit.*, p. 162.

<sup>379</sup> GRUEN, E. S. (1990). *Studies in Greek Culture and Roman Policy*. Leiden: Brill, p. 72 (la traducción es propia).

<sup>380</sup> TAKÁCS, S. A. (2000). “Politics and Religion in the Bacchanalian Affair of 186 B.C.E.” En *Harvard Studies on Classical Philology*, 100, p. 303 (la traducción es propia).

a los participantes. Quienes se veían principalmente afectos por estos ritos eran ciudadanos romanos, hombres que debían formar parte del ejército y de las instituciones republicanas. Evidentemente, no era una celebración que pudiera permanecer fuera de los ojos de las autoridades, en tanto tenía el potencial de dinamitar la estructura del poder público de la República y crear un nuevo tipo de asociación entre sus ciudadanos orientada por valores cívicos diferentes.

## Bibliografía consultada

### *Bibliografía primaria*

- CORPUS INSCRIPTIONUM LATINARUM, Vol. I, *Inscriptiones Latinae antiquissimae ad C. Caesaris mortem*.

- SAGE, E. T. (1936) (ed.). *Livy. History of Rome*. Volume XI: Books 38-39. *Loeb Classical Library 313*. Cambridge: Harvard University Press.

- VILLAR VIDAL, J. A. (1982) (ed.). *Historia de Roma*. Volumen VII, Libros 36-40. Madrid: Gredos.

### *Bibliografía secundaria*

- BAYET, J. (1984). *La religión romana. Historia política y psicológica*. Madrid: Ediciones Cristiandad.

- DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. (1999). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma.

- IGLESIAS, J. (1965). *Derecho Romano: Instituciones de Derecho Privado*. Madrid: Ariel.

- GRUEN, E. S. (1990). *Studies in Greek Culture and Roman Policy*. Leiden: Brill.
- LIMOGES, S. (2009). “Expansionism or Fear: The Underlying Reasons for the Bacchanalia Affair of 186 B.C.”, en *Hirundo*, 7, pp. 77-94.
- PAILLER, M. (2021). “Dionysos against Rome? The Bacchanalian affair: a matter of power(s)” En DOROSZEWSKI F. y KARLOWICZ D. (eds.). *Dionysus and Politics: Constructing Authority in the Graeco-Roman World*. Londres & Nueva York: Routledge, pp. 63-88.
- RINALDI, N. D. (2017). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Edictum.
- RUSSELL, A. (2016). *The Politics of Public Space in Republican Rome*. Cambridge: Cambridge University Press.
- STEINHAEUER, J. (2020). “Dionysian associations and the Bacchanalian affair”. En MAC GÓRAIN F. (ed.). *Dionysus and Rome: religion and literature. Trends in classics, supplementary volumes*, 93. Berlín & Boston: De Gruyter, pp. 133-156.
- TAKÁCS, S. A. (2000). “Politics and Religion in the Bacchanalian Affair of 186 B.C.E.”. En *Harvard Studies on Classical Philology*, 100, pp. 301-310.
- WALSH, P. G. (1996). “Making a Drama Out of a Crisis: Livy on the Bacchanalia”. En *Greece and Rome*, 43, 2, pp. 188-203.

# Evolución del instituto de la tutela

---

Por Cecilia Benetti<sup>381</sup>, Gonzalo Bernal<sup>382</sup>

## Resumen

La institución de la tutela era una figura jurídica en donde se le daba la protección al menor y a las mujeres, siendo un poder que daba el derecho civil a las personas libres a los fines de proteger a otras que por su corta edad no pudieran hacerlo, y todo aquel que ejerciera este título no podía usarlo en beneficio propio. Como iremos desmenuzando a la largo de este trabajo, la tutela ha ido evolucionando a lo largo de la historia, comenzando en la época romana y sentando así las bases de un sistema que apenas ha mutado en el tiempo, excepto por las consideraciones de género, las cuales han quedado superadas hace tiempo en nuestro sistema jurídico actual.

---

<sup>381</sup> Abogada. Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Técnica en Administración en RR HH. Adscripta de Derecho Romano Cátedra “B” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Romano Dr. Agustín Díaz Bialek de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Profesorado en Ciencias Jurídicas (en curso) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Contacto: cecibenetti05@gmail.com.

<sup>382</sup> Abogado. Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Adscripto de Derecho Romano Cátedra “B” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Estudiante de Notariado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Romano “Dr. Agustín Díaz Bialek” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Contacto: drgonzalobernal@gmail.com.

**Palabras clave:** tutela; impúber; *pater familias*; *patria potestas*

## Abstract

*The institution of guardianship was a legal figure where protection was given to minors and women, being a power that gave civil law to free people in order to protect others who, due to their young age, could not do so. and anyone who exercised this title could not use it for their own benefit. As we will be breaking down throughout this work, guardianship has evolved throughout history beginning in roman times, thus laying the foundations of a system that has hardly changed over time, except for gender considerations, which have remained outgrown long ago in our current legal system.*

**Keywords:** guardianship; prepubescent; *pater familias*; *patria potestas*

## Introducción

La tutela es una institución que surge a raíz de la necesidad de suplir las incapacidades de los sujetos, variando estas incapacidades a lo largo de la historia, todo ello motivado por la realidad social del momento y el sistema jurídico de cada pueblo. Si bien el origen de la tutela es incierto, sabemos que la tutela no surge en los tiempos más arcaicos. Esto se debe a que a la muerte del *pater familias* las personas sujetas a su potestad eran protegidas por uno nuevo, resultando pues la tutela innecesaria para la época. Si bien a medida que la unidad familiar de la

---

Nacional de Córdoba). Las integrantes forman parte del Instituto de Derecho Romano Agustín Díaz Biale UCC y miembros de ADRA.

Antigua Roma se desvanece y se rompe al fallecer el *pater familias*, los impúberes y las mujeres, los cuales eran incapaces de actuar en la vida jurídica en Roma, empiezan a requerir un cuidado especial que consiga suplir dicha falta de capacidad. Esta realidad social nueva es la que da lugar al nacimiento de la institución tutelar, sin ser sabida fecha exacta de su surgimiento, siendo su evolución a lo largo de la extensa historia romana, desde una extensión del poder del *pater familias* sobre el pupilo, hasta un deber ejercido en favor del pupilo.

La interpretación de las fuentes es controvertida, y en muchos casos sospechosas de interpolación como veremos en este estudio, por lo que siempre hay nuevos acercamientos y nuevas ideas sobre lo que pudo y lo que realmente fue la institución tutelar en Roma. Partiremos del estudio de la figura del *pater familias* y veremos cómo evoluciona la tutela desde un poder del tutor sobre el pupilo y su patrimonio rozando casi un carácter egoísta, hasta un deber u oficio, en favor del pupilo.

Una vez analizados estos temas, pasaremos al estudio de las diferentes clases de tutela que se dieron en el tiempo, con el origen de la tutela testamentaria, hasta la actual tutela de autoridad, así como un estudio de los sujetos que pudieron ejercer la tutela y los diferentes requisitos necesarios dentro de la institución, así como las excusas para no ejercerla.

A continuación, estudiaremos su régimen jurídico desde los medios que tiene para ejercer la tutela el tutor, hasta los medios que tiene el pupilo para poder dirigirse contra éste en los casos en los que haya habido un menoscabo en su patrimonio o una mala actuación del tutor en cuyo origen fueron insuficientes pero a lo largo de la historia ofrecieron una protección digna al pupilo. Se incluía también en éstos a las siete acciones que pudo ejercitar el tutor para resarcirse de los gastos que pudo haber tenido por consecuencia de la tutela.

Siguiendo el hilo conductor lógico que comenzamos con el análisis histórico, se tratará la tutela en lo relativo a su actual regulación, cerrando el estudio con las conclusiones extraídas de éste.

## II. Origen y evolución de la tutela

Desde los comienzos de la sociedad romana se vieron necesarias una serie de instituciones con el fin de suplir la falta de capacidad de algunas personas. Así pues, surge con este fin la institución de la tutela para suplir la capacidad de los menores impúberes y las mujeres.

Para empezar el estudio de la tutela, debemos hacer un breve estudio de la familia romana y en particular de la figura del *pater familias*. La familia romana en sus orígenes está constituida por un grupo sometido y dirigido por el *pater familias*. Podemos distinguir dos tipos de familia, la familia agnaticia *proprio iure* y la familia agnaticia *comunni iure*. La primera hace referencia a la agrupación de personas que está bajo una misma autoridad, debemos entender esta potestad del *pater familias* como unas potestades en orden de defensa y de dirección tanto política como religiosa, asemejándose más a las funciones de un gobierno en la actualidad. La familia en la sociedad romana se caracteriza pues por el sometimiento de sus miembros a la figura del *pater familias*. Para formar parte de dicho grupo y siguiendo la concepción sería por nacimiento o por sometimiento a la potestad del *pater familias*, dando lugar esto a dos tipos de sujetos, los sujetos *sui iuris* y los sujetos *alieni iuris*. En la familia romana, el único sujeto *sui iuris* sería el *pater familias*, mientras que el resto de los miembros serían los *alieni iuris* por estar sometidos a aquel. De esta diferenciación surge el instituto tutelar, pues si bien un sujeto *alieni iuris* no podría estar sujeto a tutela por estar ya sometido a la potestas del *pater familias*, un sujeto *sui iuris* impúber sí lo estaría.

Esta relación entre *patria potestas* y tutela es sostenida por un amplio sector de la doctrina, que afirma que la tutela es una conversión de la patria potestad que ejercía el *pater familias* una vez muerto, en un poder ejercitado sobre los impúberes por un sujeto. Es también apreciable esta relación, sobre todo en la tutela clásica, a la consideración que se tiene de ésta como un poder perteneciente al tutor más que un deber con función protectora sobre el tutelado. Esta consideración primitiva

de la tutela surge por la incapacidad de obrar del impúber, siendo la función del tutor suplir dicha capacidad en las relaciones jurídicas de las que el incapaz era, o podría ser titular y no en la idea de proteger al impúber.

Por esto decimos que en la época clásica la *tutela mulieris* quedó como una limitación formal perviviendo esta institución por razones históricas y simplemente en protección de la propia mujer, que es quien realizaba los negocios por sí misma y podía perfectamente superarla. Debido al *Ius Liberorum* la mujer pudo empezar a considerarse *sui iuris* después de que tuviese tres o cuatro hijos dependiendo de que fuese ingenua (nunca conoció esclavitud) o liberta (libre que fue esclava). Con Justiniano se produjo la completa desaparición de la *tutela mulieris*, que solamente pervivía como una mera limitación formal vacía de contenido.

Esta situación evoluciona a lo largo de la historia de la sociedad romana, ya que en la República cambia la idea de la tutela como un poder o derecho a favor del tutor, transformándose en un deber (*officium*) y una carga impuesta en interés público (*munus publicium*), sometándose a una inspección pública de contenido tanto patrimonial como extrapatrimonial.

Respecto a la función de protección, encontramos en las fuentes su inexistencia al menos en una primera época, siendo así una institución de carácter egoísta. El tutor defendía sus intereses propios en el sentido de que, en el caso de morir el tutelado, él sería el posible heredero del patrimonio, por lo que sería su función conservar los bienes del propio pupilo en un primer momento, pero eventualmente también por interés propio, ya que sería llamado como heredero a la muerte del tutela-

---

<sup>414</sup> GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona: Jaime Molinas.

<sup>415</sup> HOMO, L. (1928). *Las instituciones políticas romanas. De la ciudad al estado*. Barcelona: Cervantes, p. 448.

do. Si bien ésta se refiere a la tutela sobre las mujeres, se puede extrapolar a la tutela sobre los impúberes. En términos generales, el tutor se ocupa de la fortuna del tutelado, en cambio, no se ocupa de su guarda ni de su educación. Si observamos las fuentes podríamos pensar que el tutor realmente se ocupase de dichas funciones, sin embargo, es doctrina mayoritaria considerar que realmente es un deber de control sobre la educación del *pupillus*, en el sentido de que el tutor debía hacerse cargo del aspecto económico de la educación como los posibles gastos, pero no de la educación en sí misma, idea que comparten Bonfante<sup>383</sup> e Iglesias,<sup>384</sup> proveyendo el tutor de las asignaciones necesarias para tales efectos. La función educadora pues recaía de acuerdo con las fuentes<sup>385</sup> en personas que estuvieran unidas al pupilo, siendo normalmente la madre quien se encargue de su educación.

Al igual que la educación, el tutor tampoco asume la representación del *pupillum* en un sentido estricto, ya que no sustituye la personalidad del pupilo ni realiza actos en nombre del mismo. En cambio, el tutor integra la voluntad del pupilo a través de la *auctoritas interpositio*, en los actos que afectan al patrimonio del tutelado o realiza las operaciones patrimoniales que el pupilo no puede realizar por ser *infans* o no estar disponible en los actos los que se le requiere con urgencia.<sup>386</sup> En vista de esta función, la tutela en derecho romano difiere enormemente de la tutela en el derecho vigente, ya que el poder del tutor en derecho romano está ordenado alrededor del patrimonio del pupilo, mientras que quedan fuera del instituto las funciones esenciales de la tutela en el derecho actual, siendo éstas el cuidado, la educación y la representación.

---

<sup>383</sup> BONFANTE, P. (1963). *Corso di diritto romano, Diritto di famiglia, vol. I*. Milán: Giuffrè, p. 600.

<sup>384</sup> IGLESIAS SANTOS, J. (1999). *Derecho romano*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, p. 361.

<sup>385</sup> C. 5, 49, 1: “*Educatio pupillorum tuorum nulli magis quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est*” (“A nadie mejor que a la madre, se ha de encomendar la educación de sus hijos”).

<sup>386</sup> ZANNINI, P. (1972). “Tutela.” En *Enciclopedia del diritto*. Tomo XLV. Milán: Giuffrè, p. 308; SOLAZZI, S., STOLFI, F. y PILOTTI, M. (1937): “Tutela e Curatela.” En *Nuovo Digesto Italiano*. Tomo XVIII. Torino: Utet, p. 578; SOLAZZI, S. (1960). “Tutela.” En *Novissimo Digesto Italiano*. Tomo XIX. Torino: Utet, p.

### III. Tutela de los impúberes en Roma

#### III. 1. Concepto

La tutela es la institución de protección dirigida al patrimonio de las personas, las cuales una vez fallecido el *pater familias*, y por ello no estando bajo patria potestas de éste no pueden defenderse por sí mismas. Este instituto es encuadrado dentro de las potestades familiares, debido a una definición ya mencionada dada por Sulpicio Rufo que dice así: “*Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit jure civile data ac permissa*”<sup>387</sup> (“La tutela es un poder sobre persona libre que otorga el derecho civil para proteger a quien por razón de su edad no puede defenderse por sí mismo”). Si bien del tenor de esta definición podemos encontrar los problemas que mencionábamos antes, ya que a finales de la República, época en la que escribe el jurista, estaba vigente aun la *tutela mulierum*, esto se traduce en que no haya una opinión unánime en torno a la definición dada por el jurista ya que única y exclusivamente trata en la definición la *tutela impuberum*. Así, Bonfante<sup>388</sup> señala que el escrito en el Digesto debe de estar interpolado, debido a que, si el escrito fuese genuino, ilustraría un instituto en vías de transformación que discreparía de la naturaleza de la familia romana en aquel momento. Lo mismo ocurre con la función tuitiva que se incluye al final del texto, pues si bien en la época clásica la tutela asume esta función, en un primer momento, en el momento en el cual el jurista escribe, la tutela no tenía dicha función.

Haciendo un análisis de la definición dada por Sulpicio podemos decir:

1. Que la tutela se presenta como una potestad familiar, la cual se califica con los mismos términos que la *potestas del pater familias*,<sup>389</sup> esta *potestas* va acom-

<sup>387</sup> D. 26. 1, 1.

<sup>388</sup> BONFANTE P. op. cit. P 553.

<sup>389</sup> VARELA, E. (1979). De *contutoribus*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, pp. 16-17

pañada en un primer momento de la facultad de disponer de los bienes que le pertenecerían al pupilo en el caso de ser impúber, si bien esta disponibilidad no es ilimitada, ya que, a diferencia del *pater familias*, en el caso del tutor el pupilo recobrará la propiedad una vez alcance la pubertad.

2. De acuerdo con Solazzi<sup>390</sup> la *patria potestas* y la tutela tienen una estrecha relación, considerando que la tutela es una prolongación del poder del *pater familias*. Siendo la *patria potestas un vis a potestas in capite libero*, este poder se entiende a favor del padre, lo mismo ocurre en la tutela en su momento más arcaico, en la cual se considera un poder a favor del tutor sobre la persona del pupilo, y no como un deber a favor del impúber.<sup>391</sup>

3. En cuanto a la función protectora recogida en la segunda parte de la definición, el instituto tutelar se incluye en la esfera del *ius publicum*. Se empieza a considerar la tutela como un *officium*, con carga impuesta en interés público (*munus publicum*), siendo la tutela un cargo privado casi exclusivamente de carácter patrimonial. Pero debemos recordar que esta transformación del instituto se produjo en la época clásica y que se añade esto a la definición es probable que sea debido a que ha sido interpolado. Para concluir, y a modo de síntesis, podemos decir que originariamente la tutela de los impúberes es una institución de protección del patrimonio pupilar, que se ofrece por la incapacidad del menor a la muerte del *pater familias* por razón de la edad, que se diferencia de la patria potestad ya que la capacidad jurídica del menor no es absorbida por la tutela como en el caso de la *patria potestas*. De esta manera, se instaura la tutela a través de la *hereditas* ya sea nombrando un *heres*, o nombrando en específico un tutor, teniendo un carácter egoísta, debiendo ser entendida como un derecho a favor del tutor, ya que podría heredar el patrimonio pupilar, más que un deber. Y solo posteriormente en la República pasará a ser considerado un deber, pasando a un segundo plano ese interés del tutor en el patrimonio pupilar.

---

<sup>390</sup> SOLAZZI, S. (1960). "La legge delle XII Tavole sulla tutela e un' ipotesi del Bonfante". En *Scritti Di Diritto Romano*. Tomo III. Napoles: Jovene, p. 219.

<sup>391</sup> IGLESIAS SANTOS, *op. cit.*, pp. 357-358.

### III. 2. *Personas sujetas a tutela*

Como hemos venido señalando, la situación de incapacidad tiene su origen en la tutela romana, generalmente tras la muerte del *pater familias*, provocando la conversión de todos los *alieni iuris* a su cargo en *sui iuris* y adquiriendo de esta manera capacidad jurídica para administrar su patrimonio. No obstante, como también hemos señalado, estos *alieni iuris* pueden ser hombres o mujeres impúberes o mujeres púberes. Hemos de señalar referido a la edad las diferentes situaciones que nos podemos encontrar:<sup>392</sup>

1. Los infantes que abarcan desde los *qui fari non possunt*, aquellos que no pueden hablar con sentido, hasta los menores de siete años. A los sujetos que se encuentran en esta situación no se les reconoce capacidad alguna, tanto en el ámbito civil como el penal. En este caso el tutor actúa mediante una administración total e independiente sobre el patrimonio.
  
2. Los *infantia maior*, que es el régimen jurídico general del instituto de la tutela en derecho romano, que engloba desde los siete hasta los catorce años para los varones y los doce para las mujeres, edad a la que pasarían a ser considerados púberes. A esta edad se tiene responsabilidad penal y pueden actuar en el tráfico jurídico junto al tutor. En este caso el tutor actuará a través de la *auctoritas interpositio* y la *negotiorum gestio* en los casos que proceda.
  
3. Los *minores viginti quinque annis* son los varones que, una vez extinguida la tutela desde la pubertad hasta los veinticinco años, cuando se considerarán mayores de edad. Durante este período los *minores* son protegidos por una cura, establecida por la *lex Plaetoria* o *Laetoria*, para protegerlos de posibles engaños debido a su inexperiencia en el tráfico jurídico.<sup>393</sup>

---

<sup>392</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2008). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Iustel, pp. 185-186.

<sup>393</sup> SANZ MARTÍN, L. (2009). *La tutela en el derecho romano*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, pp. 69-70.

### III. 3. Clases de tutela

Las diferentes clases de tutela romana se pueden diferenciar en la manera de designar al tutor, siempre con el prerequisite de la muerte del *pater familias*. Podemos decir que a lo largo del tiempo hubo un gran número de “*species tutelarum*”, por lo que los juristas antiguos tuvieron dificultades a la hora de ponerse de acuerdo en su cantidad y clasificación o incluso utilizando la misma terminología para diferentes conceptos.<sup>394</sup> En cuanto a los términos, podemos decir que si bien la tutela legítima es aquella que surge en defecto de tutor testamentario, el *tutor legitimi* era tanto el tutor legítimo como el testamentario, como los nombrados por un magistrado de acuerdo a la ley, como se entiende de los textos de Ulpiano 11, 232 y 11, 3, 33, o el *tutor dativi*, que era la denominación en derecho justinianeo para los tutores nombrados por el magistrado<sup>395</sup> o bien para el *tutor mulieris*.<sup>396</sup> Realizado este análisis podemos diferenciar, de acuerdo a la forma en la que se nombra al tutor, tres formas diferentes de tutela.<sup>397</sup>

Las modalidades eran las siguientes en el derecho romano:

- Tutela testamentaria: Esta clase de tutela se da por voluntad del *pater familias*, que al momento de su muerte lo que estaba bajo su patria potestad (hijos) quedaba impúber, entonces él dejaba estipulado en su testamento la designación del tutor. Este derecho tiene origen desde las Doce Tablas y subsistió a través de varias épocas. Es importante analizar el punto de que el tutor testamentario debía tener la *factio testamenti* pasiva, es decir, que debía tener capacidad jurídica para su tutor. Si se declaraba nulo el testamento, también lo era la designación del tutor testamentario.

---

<sup>394</sup> ULPIANO, 11, 3. “*Legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt*” (“Tutores legítimos son los que son dados en base a la ley”).

<sup>395</sup> C. 1, 3, 51 y 52.

<sup>396</sup> GAYO, 1, 154.

<sup>397</sup> SOLAZZI, S. (1960). “La classificazione dei tutori in Ulp”. En *Scritti Di Diritto Romano*. Tomo III. Napoles: Jovene, p. 82-93.

- Tutela legítima: Cuando faltaba un tutor testamentario, durante la Ley de las Doce Tablas, se estipuló que el tutor sería el más próximo agnado del impúber, es decir, el más próximo con el que tenga vínculos civiles. Pero esto cambió durante el derecho de Justiniano, ya que se modificó al más próximo cognado (vínculos de sangre).
- Tutela dativa: Cuando no se presentaba ninguna de las dos anteriores figuras de tutela se daba la tutela dativa, que era conferida por el magistrado, y ésta se hacía por petición de los parientes o de cualquier interesado.

### III. 4. Incapacidades y excusas

Al igual que el instituto de la tutela, los requisitos necesarios para ser tutor se van alterando en el transcurso del tiempo. Podemos empezar hablando de los requisitos para ser tutor, señalando que, en un primer momento, la tutela romana se presenta como una función ejercida por el hombre como señalan las fuentes. Bonfante afirma que son necesarios tres requisitos básicos en un primer momento, siendo éstos que el tutor fuese libre, la condición de *pater familias* y la ciudadanía. El requisito de *pater familias* se irá alterando con el tiempo, así pues, en la época de la tutela dativa, pudieron ser llamados los *fili familias* para ejercer la tutela testamentaria. En la época helénica se exigen los mismos requisitos de capacidad, y se aplican de manera indiferente a todas las clases de tutela. Estos requisitos se van ampliando, para restringir la capacidad de ser tutores para algunos sujetos, como es el caso de la madre, la cual podría acceder a la tutela de sus hijos si jura no volver a contraer matrimonio. En el período justinianeo se establecen numerosos requisitos de capacidad para ser tutor, pudiéndose agrupar en diferentes categorías impedidas de ejercer:

1. Las mujeres, salvo las ascendientes en el caso mencionado anteriormente. La madre y la abuela no pueden ser tutoras, excepto en el caso de jurar no volver a contraer matrimonio.
2. Los esclavos, como hacíamos mención al principio de este apartado. Es requisito indispensable el ser libre. Si bien en el derecho justinianeo el nombramiento para el cargo del tutor a un esclavo que era realizado mediante testamento, conllevaba aparejada la libertad del esclavo. En el caso de nombrar un esclavo ajeno, sería requisito que adquiriese dicho esclavo la libertad para ser tutor.
3. Los menores. En la época clásica, ser menor era una excusa para no ejercer la tutela, si bien a partir de la época helénica se convierte en causa de incapacidad. Se puede nombrar tutor a un menor, para que ejerza la tutela una vez llegue a la mayoría de edad.
4. Los locos, los mudos, los ciegos y aquellos que padezcan una grave enfermedad, al igual que en los casos anteriores. Puede nombrarse tutor a los locos, con la condición de que sanasen.
5. La prohibición realizada por el padre o la madre de que un sujeto no sea tutor, como mencionamos anteriormente.
6. Los que ofrecen dinero para ejercer la tutela.
7. Los soldados en activo, los religiosos, los enemistados, los deudores y acreedores del pupilo. Estaba previsto en derecho romano la situación de la incapacidad sobrevenida, exonerando del ejercicio al tutor.

### **III. 5. Régimen jurídico**

El tutor se encargaba de gestionar el patrimonio del pupilo, ejerciendo como propietario del mismo, excluyendo de sus funciones tanto la

guarda como la educación del pupilo, cuestión que discierne enormemente de lo que es la tutela actualmente. Si bien esta afirmación puede ser puesta en duda ya que en las fuentes se hace referencia al tutor en cuestiones sobre la educación del impúber, lo que se desprende es que él deberá velar solo por el aspecto económico de ésta de acuerdo a la doctrina. Así pues, la función educadora recae sobre personas unidas al pupilo como la madre, si bien ésta debía ser impartida de acuerdo a las instrucciones dadas por el *pater familias*. Sobre el cuidado en general del pupilo podemos afirmar lo mismo que el caso de la educación: el tutor no está obligado a velar por la salud y el cuidado del tutelado, solamente estará obligado a realizar las aportaciones económicas necesarias para el cuidado y alimento del menor.

De igual manera debemos destacar que el tutor no tenía una función de representación en sentido estricto, ya que no pasaba a sustituir al pupilo en los negocios ni realizaba actos en su nombre. En vez de esta representación se utilizaban dos procedimientos para solventar la falta de capacidad del pupilo: la *auctoritas interpositio* y la *negotiorum gestio*.

### III. 5. a) *Auctoritas interpositio*

Las dos funciones propias del instituto tutelar en derecho romano son, por un lado, el integrar la voluntad del pupilo en los actos que afectan a su patrimonio mediante la interposición de su autoridad, función que expone Gayo,<sup>398</sup> y por otro, la realización de todos los actos u operaciones que afecten al patrimonio del pupilo, que por razón de su edad o ausencia el mismo no puede valerse por sí mismo, situación que se solventa mediante la *negotiorum gestio*. De las dos funciones, la *auctoritas interpositio* es la única propia por naturaleza del instituto del tutelar, siendo además la primera que se da en el tiempo, debido a que cuando el tutor actúa mediante la *negotiorum gestio* no lo hará en condición de tutor sino de *negotiorum gestor*.<sup>399</sup>

---

<sup>398</sup> GAYO, 2, 80.

<sup>399</sup> SANZ MARTÍN, *op. cit.* pp.145-146.

La *auctoritas interpositio* consiste en la cooperación con el pupilo mayor de siete años para completar la falta de capacidad de aquel, dando así eficacia a los actos que realice. Esta cooperación no es una autorización por parte del tutor, sino que es un acto conjunto en el que el pupilo realiza una declaración que cobra eficacia jurídica al ser prestada la *auctoritas* por el tutor. Se puede diferenciar también la *auctoritas tutoris* de la ratificación, debido al carácter retroactivo de la ratificación del cual la *auctoritas interpositio* carece, ya que mientras la ratificación puede ser prestada después del acto, la *auctoritas* se deberá prestar simultáneamente. Podemos comenzar diciendo que, en el caso de los *infantia maior*, al realizar actos en ausencia del tutor o sin que el tutor le preste su *auctoritas*, los negocios que realicen serán válidos en la parte en la que no sean desfavorables para ellos y nulos aquellos que sean desfavorables.<sup>400</sup> La *auctoritas interpositio* no es obligatoria, por lo que el tutor no tiene por qué prestársela al pupilo,<sup>401</sup> si bien el pupilo, en el caso de que le perjudique esta situación, podrá resarcirse en la *actio tutelae*.

Para terminar, podemos diferenciar la *auctoritas* del tutor de la *auctoritas* del *pater familias*, ya que en la primera debe ser prestada en el momento de realización del acto, mientras que el *pater familias* podía prestarla a sus *fili familias* en un momento anterior.

### III. 5. b) *Negotiorum gestio*

La *negotiorum gestio*<sup>402</sup> es dada en un principio como una gestión dominical no representativa. Se dirige principalmente a administrar el patrimonio del impúber infante o ausente y se lleva a cabo de muy variadas maneras, ya que el tutor gestiona el patrimonio como propio. Esto implica la ausencia total del impúber en el negocio que corresponda,

---

<sup>400</sup> D. 19, 1, 13, 29.

<sup>401</sup> D. 26, 8, 17.

<sup>402</sup> ZANNINI, *op. cit.*, p. 308.

así también quedaba la posición del tutor frente al tercero con el que realiza los negocios como responsable directo, ya que será considerado como deudor acreedor u otra posición jurídica en el negocio. Con posterioridad, este régimen evolucionará cuando se tenga la función protectora de la tutela y pasará a llamarse *administratio*, a la que podemos encontrar en las fuentes. En los primeros tiempos, la *negotiorum gestio* permitía al tutor realizar negocios libremente con los bienes del pupilo, al ser considerado *loco domini*. Así pues, cuando el tutor adquiría algo, lo adquiría para sí mismo, si bien al terminar la tutela estaba obligado a transferir los bienes que haya obtenido durante ese período. Para los negocios que requiriesen ser ejecutados en nombre propio, y en el caso de que el pupilo fuese *infans*, excluyendo la posibilidad de que interpusiese un esclavo para realizar el negocio por él, será necesario que salga de la infancia, como es el caso de la renuncia de la herencia.

### III. 5. c) Límites al ejercicio de la tutela

Como hemos señalado, el tutor en un primer momento era libre de realizar los negocios que quisiera con el patrimonio del pupilo. Esto entra en relación con la consideración que tenía en aquel entonces la tutela como un derecho o poder a favor del tutor, si bien este régimen irá evolucionando, imponiendo cada vez más límites a su ejercicio. Podemos dividir estos límites en dos grupos, uno de obligaciones y otro de prohibiciones. En cuanto a las obligaciones, en un primer momento se impuso la obligación al tutor de realizar inventario del patrimonio del *pupillum*. En ausencia de este inventario, el tutor incurriría en dolo y se le haría responsable de los posibles daños. En cuanto a la obligación de prestar fianza, si bien eran exceptuados el tutor testamentario y el dativo nombrado *ex inquisitione*, la razón por la que éstos dos tutores no estaban obligados a prestar la *satisdatio rem*

*pupilli salvam fore* era debido a que el primero, el tutor testamentario, se consideraba que al ser nombrado en testamento, el *pater familias* se hubiese cerciorado de que el tutor actuaría de buena fe y sería capaz de llevar a cabo la tutela.

El segundo supuesto, la tutela dativa *ex inquisitione*, es debido a que se entiende que el magistrado habrá investigado al tutor que ha nombrado y considerará, igual que en el caso anterior, que actuará de buena fe y será capaz. En caso de que no realizase la mencionada investigación, aun siendo tutor dativo deberá prestar la fianza. La *satisdatio rem pupilli salvam fore* consistía en un medio de protección frente al posible agotamiento o menoscabo del patrimonio del pupilo por parte del tutor. Esta protección era ordenada por el magistrado al comienzo de la tutela. Como hemos indicado y por descarte, debía ser prestada por los tutores legítimos y los dativos a los cuales no se les hubiese investigado, como señala Ulpiano.<sup>403</sup> Guzmán<sup>404</sup> entiende que en el derecho clásico el otorgamiento de la *satisdatio* tiene que haber sido un deber general en las tutelas dativas basándose en un texto de Gayo.<sup>405</sup> Las consecuencias de no prestar esta caución serían ser removido como *cessans*, hubiese entrado en la gerencia o la estuviere desempeñando de manera incorrecta. También se impone la obligación al tutor de emplear el patrimonio del pupilo en adquirir bienes inmuebles, a prestarlo a interés, realizar pagos para cancelar obligaciones, cobrar los créditos y vender los bienes precederos.

En época clásica se empiezan a imponer restricciones a la libertad negocial de la que gozaba el tutor hasta ese momento, imponiéndose la prohibición de realizar donaciones en base al patrimonio del pupilo, debido al efecto perjudicial que pudiesen repercutir salvo los regalos de uso.

---

<sup>403</sup> D. 26, 4, 5.

<sup>404</sup> GUZMÁN, A. (1974). *Caución tutelar en derecho romano*. Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra, p. 95.

<sup>405</sup> GAYO, 1. 199.

### III. 5. d) Tutela de los *infans*

Cabe destacar por último, y a modo de nexo con el siguiente apartado de la responsabilidad del tutor, el caso concreto de la tutela de los *infans fari non possit*. Se pensaba que los *infans* no podían expresar un pensamiento razonable, consideración que en época justiniana terminaría a los siete años, si bien en sus principios se debería estudiar caso por caso. Debido a la situación anteriormente mencionada, el tutor no podía hacer uso de la *auctoritas interpositio* debido a que el pupilo no podía formar parte de ningún negocio jurídico, por lo que el tutor se veía obligado a utilizar la *negotiorum gestio* como medio para ejercer la tutela. Esto daba lugar en un origen a una gestión dominical no representativa, en la que el tutor podía enajenar bienes del tutelado y administrar en general el patrimonio del pupilo. Así, el propio tutor formaba parte de los negocios jurídicos, siendo él el obligado y no el pupilo como ocurriría en la tutela de un *infantia maior*. En el caso de emplear la *auctoritas*, el tutor era el obligado en los negocios que realice mediante la *gestio*, tomará las posiciones de acreedor o deudor según proceda. Al llegar el *infans* a la edad de siete años, el tutor deberá transferir todos los bienes adquiridos al pupilo, y de igual forma el pupilo sustituirá la posición que tuviese el tutor en los negocios que aún se mantengan.

Para terminar, debemos recordar lo mencionado anteriormente, y es que existen negocios jurídicos que requieren ser realizados de manera personal por el pupilo, por lo que quedarían excluidos de ser realizados en la tutela del *infans*, ya que éste carece de capacidad y el tutor no puede realizarlos. Es el caso de la renuncia de la herencia o la restitución fideicomisaria, entre otros, si bien no se encuentra ninguna solución en las fuentes a esta situación salvo la espera a que el pupilo alcance los siete años.

### III. 6. Extinción de la tutela

La tutela *impuberum* se extingue por las siguientes circunstancias:

1. En cuanto a las circunstancias del pupilo, se extingue con la muerte, con la *capitis deminutio* del pupilo o con la llegada de éste a la edad púber. Si el impúber fuese mujer, se instituiría una tutela *mullierum* una vez llegada a la edad púber.
2. Las circunstancias que afectan al tutor son la muerte o *capitis deminutio* máxima o media, o incluso mínima.
3. Sobrevenir el término o condición al cual estaba subordinado el ejercicio de la tutela.
4. Incapacidad sobrevenida o mediante el ejercicio de las *excusationes*. Sobre este aspecto cabe destacar que la *excusatio* o incapacidad sobrevenida del tutor no daba lugar a la tutela legítima, sino a una dativa, nombrando una nueva tutela en el lugar de la que se excusó en el primer caso y una para el tiempo intermedio en el que dure la incapacidad.
5. Remoción del tutor mediante una *acussatio suspecti tutoris*, la cual en un primer momento solo se aplicaba a la tutela testamentaria. En el caso de la legítima se podía nombrar un tutor adjunto que se hiciese cargo de la administración de los bienes del pupilo, quedando vacía la tutela legítima. Ya en derecho justinianeo será cuando la *acussatio suspecti* tuviese una aplicación general.

## IV. Tutela en el derecho actual

El derecho, concebido como el conjunto de normas jurídicas generales y positivas que surgen en el marco de determinada sociedad como un producto cultural, generado de acuerdo con las leyes, que tienen por finalidad el regular la convivencia entre los miembros de dicha sociedad –las personas– y la de éstas para con el Estado, contempla la existencia de dos tipos de capacidades: a) la capacidad de derecho y b) la capacidad de hecho.

Entiéndase por capacidad de derecho, o también denominada capa-

cidad jurídica (o simplemente capacidad), a la aptitud o idoneidad de una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones por sí misma, sin el ministerio o autorización de otro. En la actualidad, considérese que dicha capacidad es poseída por todas las personas físicas (desde el momento de su concepción hasta su fallecimiento), así como por las personas jurídicas. A diferencia de la capacidad de derecho, la capacidad de hecho se refiere a la posibilidad de facto, de las personas físicas y jurídicas, de ejercer por sí mismas los derechos que les fuesen concedidos a través de las normas.

Si bien, como se mencionara con anterioridad, toda persona en igualdad de condiciones y sin tipo de distinción alguna tiene capacidad de derecho. Contempla, asimismo, la existencia de ciertos condicionamientos por los que dicha persona necesite de otra persona, un tercero o representante, para que actúe por él. Es decir, el derecho concibe la existencia de ciertos casos donde las personas si bien poseedoras de capacidad de derecho, no lo sean de la capacidad de hecho. En este marco es que surge la noción de la tutela, comprendida como la autoridad conferida por ley a un adulto para cuidar de una persona y sus bienes, en casos donde ésta no se encuentre capacitada para hacerlo por sí misma. El órgano ejecutivo de la tutela es el tutor.

Dada la relevancia jurídica de dicha figura, el presente trabajo se propone indagar acerca del modo en que la misma ha sido incorporada al cuadro normativo vigente, haciéndose hincapié en lo acontecido tras la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2014. Se trata, entonces, de analizar qué se entiende por tutela; qué tipos de tutela pueden establecerse; quiénes se encuentra habilitados por ley para poder ejercerla y quiénes se encuentran excluidos para el cargo, así como ponderar en qué modo las transformaciones acaecidas han redundado en un beneficio o no, para aquellas personas que se encuentran bajo acción tutelar.

Para ello, hemos procedido al relevamiento de diversas fuentes bibliográficas, provenientes de la doctrina y de la legislación, que nos permitan conocer acerca de las implicancias y transformaciones acontecidas en torno a dicha figura jurídica, así como ahondar en su comprensión.

## VI. 1. La noción de capacidad

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) que entró en vigencia en el territorio argentino a partir del 1º de agosto de 2015, supone una suerte de revolución en lo que concierne al sentido tradicional de la regulación de las relaciones privadas, estructurándose a partir de la perspectiva de protección de la persona humana y de sus derechos fundamentales. El Código recepta el llamado proceso de constitucionalización o humanización del derecho privado, derivado del desarrollo creciente de la doctrina internacional de los derechos humanos, entre cuyos principios esenciales destaca el de no discriminación y respeto de la persona y su diversidad.

En tal sentido, y en lo que a la noción de capacidad concierne, el nuevo Código plantea en su Libro Primero, Parte General, Título I, “De la Persona Humana”, Capítulo 2, “De la Capacidad”, Sección 1ª, “Principios generales”, que “toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados” (artículo 22 del CCCN). Añadiendo luego que “toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial” (artículo 23 del CCCN).

En tal sentido, son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª, del Capítulo 2 del presente Código (menores de edad y adolescentes); y c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial (artículo 24 del CCCN).

En lo que concierne a las personas menores de edad (entendiéndose por tales a niños, niñas y adolescentes, menores a los 18 años), el CCCN establece que éstos ejercen sus derechos a través de sus representantes legales (artículo 26).

## V. Representación y asistencia

La ley estipula que aquellas personas vulnerables, cuya capacidad de obrar sus derechos se haya limitada, se encuentran resguardadas por un sistema de protección denominado representación. En tal sentido, el nuevo Código Civil y Comercial estipula, en su Libro Primero, Parte General, Título I, “De la Persona Humana”, Capítulo 10, Sección 1ª, “Representación y asistencia” lo siguiente: “Regla general. Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí” (artículo 100 del CCCN).

En tal sentido, son representantes:

- a) de las personas por nacer, sus padres; 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; c) de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos; y d) de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre (artículo 101 del CCCN).

El CCCN prevé distintas formas de compensación a los incapaces de obrar sus derechos a través de la figura del representante, cuyas funciones son, asimismo, establecidas en dicho Código. Herrera, Caramelo y Picasso (2015) señalan que:

Dicho sistema de protección –la representación– es instituido únicamente en beneficio de las mencionadas personas para determinadas situaciones. Tiene origen legal y no puede ser sustituido por la voluntad de las partes. Además, es necesaria ya que está conformada por normas de carácter imperativo que acarrear nulidades si son soslayadas; y, es doble ya que existe una actuación integrada entre el representante legal de la persona menor de edad, aquella con capacidad de ejercicio restringida o declarada excepcionalmente incapaz y la representación complementaria o principal del Ministerio Público. La ac-

tividad de los representantes está sometida a contralor judicial, el juez debe resolver atendiendo a lo que resulte más beneficioso a los intereses y la persona del representado.

Para luego añadir que:

Las limitaciones a la capacidad de obrar y sus motivaciones son establecidas en favor de la persona y deben ser revisadas periódicamente, al igual que la función representativa. La representación, como función, es proporcional, adecuada y flexible a la extensión de la limitación a la capacidad en cada caso en particular.

Llegado a este punto, vale hacerse una aclaración. Si bien el principio general emanado de dicho Código establece que las personas menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, lo cierto es que reconoce, así también, la posibilidad de que aquellos que cuenten con la edad y el grado de madurez suficiente puedan ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, así como el hecho que puedan intervenir con asistencia letrada en aquellas situaciones en las que medie algún conflicto de intereses con sus representantes.

En la misma línea, el artículo 707 del CCCN reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes y las personas con capacidad restringida a participar en todos los procesos que los afecten directamente mediante el ejercicio de su derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Es decir que, a mayor autonomía de la persona en vías de desarrollo, menor resulta la representación sustitutiva de los progenitores. Dicho principio es conocido como de capacidad progresiva.

Se reconoce al niño como sujeto de derecho. Se receptan, de esta manera, las disposiciones contenidas en la Convención de los Derechos del niño y la Ley 26.061. Asimismo, se reconoce el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en

cuenta en función de su desarrollo y grado de madurez. El representante que se le designe al niño debe acompañar y propender a su autonomía personal y desarrollo integral. A mayor autonomía, menor será la representación. La representación parental deber ser gradual y flexible y promover, en todo momento, la participación y la escucha de los niños, niñas y adolescentes en los procesos que los involucren.

Otro de los elementos a considerar es que las decisiones sobre los derechos personalísimos o de la personalidad del representado quedan fuera de la órbita de las funciones del representante, por tratarse de derechos de carácter estrictamente personales y que, por tanto, no pueden ser suplidos por éste.

De esta manera, el CCCN reconoce las distintas circunstancias en que los niños, niñas y adolescentes, y las personas declaradas excepcionalmente incapaces por sentencia, o aquellas con capacidad restringida y asistidas por el sistema de apoyos para la toma de decisiones con función representativa, deben ser necesariamente representados. Sea por los progenitores, por los tutores, por los guardadores, por los curadores o por los apoyos con facultad representativa en aquellos casos que el juez decida (artículo 101, inc. C, del CCCN).

La representación, como sistema legal de protección, siempre se instituye en beneficio de la persona. La función primordial de los representantes es favorecer la autonomía personal de la persona, promover sus habilidades y aptitudes, respetar sus deseos y preferencias.

## VI. La figura de la tutela

A diferencia de lo establecido en el Código Civil de la Nación (cuerpo legal redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield y que, tras ser aprobado por el Congreso de la Nación el 25 de septiembre de 1869, reuniera las bases del ordenamiento jurídico en materia civil de la Argentina, aunque con numerosas modificaciones, desde ese entonces hasta el 1º de agosto de 2015), el nuevo Código Civil y Comercial mantiene la

figura de la tutela como una institución subsidiaria, aunque cambia radicalmente su perspectiva a tenor de la función que ha de cumplir.

La tutela que encontrábamos en el Código velezano mantenía la impronta del derecho romano, a saber, se trataba de una institución en la cual predominaba la autoridad sobre la persona del pupilo. En tal sentido, el Código Civil de Vélez Sarsfield en su Libro Primero, “De las Personas”, Sección Segunda, “De los derechos personales en las relaciones de familia”, Título VII, “De la tutela”, Capítulo I, “De la tutela en general”, establecía lo siguiente: “La tutela es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil”. Para luego añadir que:

- a) La tutela es un cargo personal, que no pasa a los herederos, y del cual nadie puede excusarse sin causa suficiente (artículo 379 del CC).
- b) El tutor es el representante legítimo del menor en todos los negocios civiles (artículo 380 del CC).
- c) La tutela se ejerce bajo la inspección y vigilancia del Ministerio de Menores (artículo 381 del CC).
- d) La tutela se da, o por los padres, o por la ley, o por el juez (artículo 382 del CCCN).

Por el contrario, el nuevo Código Civil y Comercial, en su Libro Primero, Parte General, Título I, “De la Persona Humana”, Capítulo 10, Sección Segunda, “De la Tutela”, sostiene que:

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 (...). Si se hubiera otorgado la guarda a un pariente de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a

un pariente. En este caso, el juez que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los titulares delegaron su ejercicio. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial (artículo 104 del CCCN).

### Agregándose luego que:

La tutela puede ser ejercida por una o más personas, conforme aquello que más beneficie al niño, niña o adolescente. Si es ejercida por más de una persona, las diferencias de criterio, deben ser dirimidas ante el juez que haya discernido la tutela, con la debida intervención del Ministerio Público. El cargo de tutor es intransmisible; el Ministerio Público interviene según lo dispuesto en el artículo 103 (artículo 105 del CCCN).

La tutela, como institución del derecho de familia, es de naturaleza tuitiva (*tuere*, del latín proteger, defender, amparar). Está destinada a otorgar protección a la persona y a los bienes de un niño/a adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil y no tenga persona/s que ejerzan la responsabilidad parental para el mismo.

El ejercicio de la tutela es ejecutado por representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial (artículo 117 del CCCN), siendo, en este contexto, el tutor responsable del daño causado al tutelado por su culpa, por acción u omisión, en el ejercicio o en ocasión de sus funciones. “El tutelado, cualquiera de sus parientes, o el Ministerio Público pueden solicitar judicialmente las providencias necesarias para remediarlo, sin perjuicio de que sean adoptadas de oficio” (artículo 118 del CCCN).

En virtud de la incapacidad que ostentan las personas menores de edad no emancipadas, la tutela cumple, a tenor de lo dispuesto en el artículo 117 del CCCN, una función representativa para el ejercicio de sus derechos, aunque comparativamente morigerada respecto a su antecesora ya que siempre quien los represente habrá de atender a las opiniones que expresen sobre las cuestiones que los involucren.

## VII. Clases de tutela

Puede señalarse que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación plantea la existencia de dos tipos diferenciados de tutela: a) la tutela general (contemplada en los artículos 106 y 107 del CCCN) y b) la tutela especial (contemplada en el artículo 109 del CCCN). Al respecto, sostiene Pagano:

(...) dentro del género de tutela general coexisten la tutela dada por los padres y la tutela otorgada por el juez (dativa). (...) La primera es la que compete a ambos progenitores o, ante la ausencia, muerte, privación o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental de uno de ellos, al otro formular la designación de tutor o tutores para sus hijos. (...) La designación puede realizarse por testamento o por escritura pública, entendiéndose la doctrina que existe un tercer supuesto que surge por presunción legal cuando los padres hubieran delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente, debiendo la tutela ser discernida por el juez que homologó la delegación o el del centro de vida del niño, niña o adolescente, a elección del pariente (artículo 106, 2º párrafo, del CCCN.). (...) La designación de tutela puede realizarse por cualquiera de las formas que prevé el Código siempre que se respeten las formalidades legales de cada instrumento. Y al igual que el instrumento que la contiene es revocable en cualquier tiempo. Dicha facultad es irrenunciable e irrestringible y la revocación o nueva designación formulada en testamento posterior surte plenos efectos. (...) La denominada tutela dativa es aquella que, en palabras del artículo 107 del CCCN, ante la ausencia de designación paterna de tutor o tutores o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de aquellos designados, atañe al juez otorgar la tutela. La elección recaerá en la persona que aquel considere más idónea para cumplir con ese cometido, debiendo dar fundamentado a las razones que justifican dicha idoneidad. La cualidad de idóneo, sobre la que abunda una interesante casuística, habrá de ser juzgada bajo la directriz de la aptitud para brindar protección al niño, niña o adolescente y a la luz de las pautas que sienta el artículo 110 del CCCN. Los códigos procesales regulan el nombramiento del tutor y la confirmación del que hubieran hecho

los padres. Atendiendo a la finalidad tuitiva que cumple el instituto se prevé que el nombramiento o confirmación se hará a solicitud del interesado o del ministerio público, sin forma de juicio. Solo en caso de controversia la cuestión habrá de sustanciarse a través de juicio sumarísimo.<sup>407</sup>

El nombramiento del tutor especial, por su parte, es una atribución del juez para designar a aquel o aquellas personas que represente/n al niño/a o adolescente cuando medie un conflicto de intereses entre los representantes y representados o ante cualquier situación específica que requiera la intervención de un tercero.

Cabe destacar que, una vez confirmado o hecho el nombramiento del tutor, se debe proceder al discernimiento del cargo, siendo el discernimiento el acto judicial mediante el cual, previo juramento exigido por la ley, el tutor es puesto en posesión de su cargo (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículo 776).

## VIII. Prohibiciones y personas excluidas para el cargo

El CCCN establece que el juez no puede conferir la tutela dativa:

- a) a su cónyuge, conviviente, o parientes dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad;
- b) a las personas con quienes mantiene amistad íntima ni a los parientes dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad;
- c) a las personas con quienes tiene intereses comunes;
- d) a sus deudores o acreedores;
- e) a los integrantes de los tribunales nacionales o provinciales que ejercen sus funciones en el lugar del nombramiento; ni a los que tienen con ellos intereses comunes, ni a sus amigos íntimos o los parientes de éstos, dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad;

---

<sup>407</sup> PAGANO, L. (2015). "Régimen jurídico de la tutela." En *RCCyC* 2015 (septiembre), 53.

f) a quien es tutor de otro menor de edad, a menos que se trate de hermanos menores de edad, o existan causas que lo justifiquen (artículo 108).

Asimismo, en cuanto a las personas excluidas para ejercer el rol de tutor, se señala que no pueden ser tutores las personas:

- a) que no tienen domicilio en la República;
- b) quebradas no rehabilitadas;
- c) que han sido privadas o suspendidas en el ejercicio de la responsabilidad parental, o han sido removidas de la tutela o curatela o apoyo de otra persona incapaz o con capacidad restringida, por causa que les era atribuible;
- d) que deben ejercer por largo tiempo o plazo indefinido un cargo o comisión fuera del país;
- e) que no tienen oficio, profesión o modo de vivir conocido, o tienen mala conducta notoria;
- f) condenadas por delito doloso a penas privativas de la libertad;
- g) deudoras o acreedoras por sumas considerables respecto de la persona sujeta a tutela;
- h) que tienen pleitos con quien requiere la designación de un tutor. La prohibición se extiende a su cónyuge, conviviente, padres o hijos;
- i) que, estando obligadas, omiten la denuncia de los hechos que dan lugar a la apertura de la tutela;
- j) inhabilitadas, incapaces o con capacidad restringida;
- k) que hubieran sido expresamente excluidas por el padre o la madre de quien requiere la tutela, excepto que según el criterio del juez resulte beneficioso para el niño, niña o adolescente.

## IX. Conclusión

Como se ha comprobado, por el devenir de la sociedad, esa protección que se le daba al pupilo en base a la tutela no era suficiente para

protegerlo, por lo que se hizo necesario extender los límites al ejercicio de la tutela. El tutor pasó de estar considerado como propietario del patrimonio del pupilo a estar realmente limitado a la hora de realizar enajenaciones o recibir cobros, dándose así una evolución lógica y otorgando tanto al pupilo como a otros sujetos los mecanismos necesarios para resarcirse de los posibles daños por la actuación del tutor. Desde nuestro punto de vista, el que se haya protegido más esta figura es algo positivo y necesario. Si bien no es comparable la protección que tenían los pupilos en Roma frente a los posibles daños con los sistemas que tenemos actualmente, sí consideramos que es una buena base en la que posteriormente evolucionó el instituto. Durante el estudio de las clases de tutela hemos podido observar la evolución en el tiempo de las diferentes maneras de asegurar que el incapaz recibía la protección de un tutor, ya fuese en un primer momento del heredero del *pater familias* muerto, siendo la siguiente en el tiempo la tutela legítima de los agnados y de los gentiles, para terminar por una tutela dativa nombrada por un magistrado. Una de las cuestiones que abordábamos en el apartado era la cuestión sobre si se podía o no nombrar tutor a un impúber con la condición de que llegase a la pubertad para ejercer el cargo y cómo esto ha generado un debate doctrinal. En nuestra opinión consideramos que sí se podría haber nombrado tutor al impúber, con la condición de alcanzar la pubertad en base a que en dicho caso lo más normal es que se hubiese nombrado un tutor *temporarius* para suplir la ausencia del tutor hasta que alcance la edad.

El instituto de la tutela, establecido a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aporta, sin desdeñar la normativa que otrora la precediera, interesantes novedades al marco normativo nacional.

A la luz de los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad federal, así como del aporte que la doctrina y la jurisprudencia realizaran, se observa en el nuevo Código un adecuado ensamble entre la norma y la dinámica propia de las relaciones sociales y familiares que regula.

En congruencia con lo acontecido a nivel internacional, fundamentalmente tras la sanción por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículo 12 y a la que la República Argentina adhirió, y de lo postulado, a nivel nacional, tras la sanción de la Ley N° 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación robustece el reconocimiento del niño como sujeto pleno de derecho.

Un claro ejemplo de ello es lo postulado en el artículo 113 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual estipula que, para el discernimiento de la tutela o cualquier decisión relativa a la persona menor de edad, el juez tiene tres deberes: a) oír previamente al niño, niña o adolescente; b) tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez; y c) decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.

En dicho contexto la representación o acción tutelar comprendida como un sistema legal de protección, siempre se instituye en beneficio de la persona. La función primordial de los representantes es favorecer la autonomía personal de la persona, promover sus habilidades y aptitudes, reconocer sus deseos y preferencias, en un marco de respeto y libertad.

## Bibliografía consultada

- BONFANTE, P. (1963). *Corso di diritto romano, Diritto di famiglia, vol. I*. Milán: Giuffré.
- GUZMÁN, A. (1974). *Caucción tutelar en derecho romano*. Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra.
- FERNÁNDEZ, S. “La capacidad de las personas en el nuevo Có-

digo Civil y Comercial”. Disponible en: [https://www.edumargen.org/docs/curso42-11/unid03/complem05\\_03.pdf](https://www.edumargen.org/docs/curso42-11/unid03/complem05_03.pdf).

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2008). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Iustel.

- HART, L. (1963). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo I (artículos 1 al 400). Buenos Aires: Infojus.

- IGLESIAS SANTOS, J. (1999). *Derecho romano*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

- PAGANO, L. (2015). “Régimen jurídico de la tutela”. En *RCCyC* 2015 (septiembre), 53.

- SANZ MARTÍN, L. (2009). *La tutela en el derecho romano*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

- SOLAZZI, S., STOLFI, F. y PILOTTI, M. (1937). “Tutela e Curatela”. En *Nuovo Digesto Italiano*. Tomo XVIII. Torino: Utet.

- SOLAZZI, S. (1960). “Tutela”. En *Novissimo Digesto Italiano*. Tomo XIX. Torino: Utet.

- SOLAZZI, S. (1960). “La legge delle XII Tavole sulla tutela e un’ipotesi del Bonfante”. En *Scritti Di Diritto Romano*. Tomo III. Naples: Jovene.

- SOLAZZI, S. (1960). “La classificazione dei tutori in Ulp”. En *Scritti Di Diritto Romano*. Tomo III Naples: Jovene.

- VARELA, E. (1979). *De contutoribus*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

- ZANNINI, P. (1972). “Tutela”. En *Enciclopedia del diritto*. Tomo XLV. Milán: Giuffeé.

## **Legislación**

### ***Nacional***

Ley N° 340, Código Civil de la Nación. B.O. 25/09/1869.

Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. B.O. 21/10/2005.

Ley N° 26.994, Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. B.O. 08/10/2014.

Ley N° 17.454, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. (1981).

### ***Internacional***

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989).

# La prueba de testigos: evolución desde el derecho romano a la actualidad. Nuevos paradigmas de la prueba

---

Por Rosa Luz Casen<sup>408</sup>

## Resumen

La prueba de testigos ha tenido caracteres diferentes según las distintas épocas en las que se encontraba del procedimiento civil romano. La importancia de esta prueba fue cambiando, acompañando la evolución histórica y política de Roma. El paso de la oralidad a un sistema escrito influyó en la importancia que esta prueba tenía en el sistema formulario. En el sistema cognitorio cambia la estimación que se tenía de la prueba de testigos, y es superada en credibilidad por otras pruebas más técnicas y que gozaban de mayor crédito. En el sistema procesal civil argentino, también se está produciendo un importante cambio que incide directamente en el modo de producir la prueba, de ofrecerla, etc.

---

<sup>408</sup> Abogada especialista en Derecho de Daños. Profesora Asociada de Derecho Romano en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.

Cambian los roles del juez y de las partes en relación a esta importante prueba. A pesar de los cambios en las distintas épocas tanto de Roma, como del derecho moderno, nadie puede dudar de la importancia que este medio probatorio tiene. Y plantea el desafío para quienes ejercen la profesión de abogado, de tener que hacer el recorrido por la evolución de la prueba de testigos a fin de ejercer con solvencia el examen de la misma.

**Palabras clave:** prueba; testigos, procedimiento

## I. La prueba de testigos en el proceso formulario. Etapa *in iudicio*

Tal como lo afirma Cuenca,<sup>409</sup> dentro del procedimiento formulario, situándonos en la fase *in iudicio*, la actividad probatoria es intensa. Esta afirmación encuentra su base en que el juez interviene personalmente en todos los actos probatorios. Así, según la naturaleza de la prueba, interroga a las partes, a los testigos, realiza las inspecciones en lugares, sin delegar en otros, más que en raras ocasiones, sus funciones en esta instancia.

Ello, por cuanto la función jurisdiccional en esta instancia del procedimiento formulario, se encuentra totalmente en manos del juez privado, y es él quien apreciará la prueba conforme a su convicción. Es por ello que la inmediación con la prueba resulta esencial.

La etapa de la prueba comienza con la exposición de las partes o sus representantes sobre los hechos controvertidos, y acto seguido, se muestran las pruebas con que cada parte cuenta. De estas pruebas que se presentaban por las partes, las que podían ser de distinta naturaleza, en este trabajo nos referiremos a la de testigos.

---

<sup>409</sup> CUENCA, H. (1957). *Proceso civil romano*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 85.

En esta época, la prueba escrita no tenía gran importancia ya que predominaban los contratos verbales y solemnes. Al decir de Cuenca, Cicerón sostenía que era ridículo acreditarle mérito a una prueba escrita, que puede ser falsificada, antes que al testimonio de una persona honorable.<sup>410</sup> Contribuía a ello el hecho de que los medios gráficos eran tan frágiles para conservar la escritura que necesariamente el testimonio debía merecerles más fe. A la inversa, en el proceso moderno, el amplio desarrollo de la prueba escrita técnica o documental, se debe a su mayor seguridad y perdurabilidad, y en cambio, se desconfía del testimonio.

En igual sentido, Nelly Louzan Solimano, por su parte, señala que en la época arcaica la prueba de testigos era el medio de prueba más aceptado o el único.<sup>411</sup>

Si bien no era obligatorio en esta época declarar como testigo, señala Cuenca que “Según narra Arangio Ruiz, en la época primitiva, el testigo presencial de un hecho debía declarar y en caso de no hacerlo debía tolerar que el interesado recitase por tres noches consecutivas, delante de su puerta, fórmulas mágicas conjurando genios maléficos; pero la mayoría de los autores están contestes en que no existían sanciones para el testigo contumaz”.<sup>412</sup>

El testigo debía deponer de modo público, siempre delante del juez y previo a haber sido admitido por el magistrado. Correspondía a las partes hacerlos comparecer. Acorde con la inmediatez que el procedimiento implicaba, el juez interrogaba personalmente a los testigos, lo mismo que a las partes y sus representantes. A diferencia de lo que ocurre en la actualidad, no se dejaba constancia escrita de las preguntas ni de las respuestas, las que se realizaban de modo oral. Al principio, el número máximo estaba limitado a diez, limitación que luego se dejó de lado ya que el juez podía rechazar los testigos que él considerara. “Dentro de una sociedad jerárquica e imperialista parecía natural que

---

<sup>410</sup> CUENCA, *op. cit.*, p. 87.

<sup>411</sup> LOUZAN SOLIMANO, N. (2000). “Los testigos en el proceso romano.” En *La prueba y medios de prueba. De Roma al derecho moderno*. Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano, p. 465-470.

<sup>412</sup> CUENCA, *op. cit.*, p. 85.

el testimonio de una persona ilustre pesara más que el de diez libertos aún cuando éstos dijese verdad”.<sup>413</sup>

En cuanto al contenido de las declaraciones del testigo que resultaran contradictorias o que denotaran algún interés en beneficiar a las partes, o fueran prestadas por personas deshonestas o de mala vida, podían ser rechazadas por el juez. En orden a las inhabilidades para declarar, eran inhábiles el impúber y el loco. También se consideraban afectados de parcialidad los testimonios prestados por la mujer a favor del marido, por el liberto a favor del patrono o el del abogado a favor de su cliente. Tal como ocurre en la actualidad, la calidad del testimonio predominaba sobre la cantidad de testigos. “El testigo infiel llevaba aparejadas penas infamantes por haber faltado a la verdad y por haber realizado un acto contra *la fides veritatis*”.<sup>414</sup>

## II. La prueba en el proceso cognitorio

Cuenca señala que en el proceso cognitorio se opera un cambio enorme en el régimen de la prueba, cambios que también le alcanzan a la prueba de testigos, que van en orden a la importancia que tiene en esta etapa en relación a otras pruebas como en el modo de apreciar la prueba que tiene el juez magistrado público.

Los cambios en este orden están en estrecho vínculo con la historia política de Roma. A partir de que Roma comienza a ser una Ciudad-Estado por su expansión territorial, y en mayor medida, desde Constantino hasta Justiniano, Roma ya no es la ciudad privilegiada del quirite, sino que prevalecen los extranjeros de la otra orilla del Tíber, que han puesto en jaque los órdenes sociales del Imperio, lo que queda evidente

---

<sup>413</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>414</sup> LOUZAN SOLIMANO, *op. cit.* p. 465.

cuando Caracalla extiende la ciudadanía a toda la población. Falta ahora ese pueblo modelo, dotado de privilegios. Roma es Roma-Estado. Es entonces cuando las nuevas generaciones consideran como estorbo y de mala fe las fórmulas rígidas y secas, que eran indispensables para poder obrar en justicia. Un sentimiento de libertad se impuso a este respecto.

Los emperadores acogieron un sistema más libre y más humano que surgía en el ámbito del derecho. Las fases *in iure e in iudicio* se funden en una, se identifica en una sola persona el magistrado y el juez, la justicia pasa a ser función del Estado, obligación pública.

Con este procedimiento el hombre abandona definitivamente el sendero de la justicia privada para encaminarse por el de la justicia pública, asemejándose al actual sistema de justicia.

En esta etapa, el derecho romano es más público que privado por la directa intervención del Estado en todas sus instituciones y muy especialmente en la administración de justicia.

Es la investigación la característica de la *cognitio extraordinem*. Este proceso busca averiguar la verdad, la razón por encima de los litigantes. Que no sea el más hábil el que maneje el proceso; éste no dependerá ya de la oratoria exclusivamente. Antes, el pretor se limitaba a dirigir el debate; ahora, el magistrado se pone en contacto directo con las personas y las cosas del proceso, y él mismo oye a las partes, investiga los hechos y dicta la sentencia. Hay una real intermediación. En esta búsqueda de la verdad puede verse el origen del proceso de conocimiento actual. Así como en los dos primeros sistemas había predominado el principio dispositivo, en la *cognitio* es el inquisitivo el protagonista.

Al decir de Cuenca, es tan vigente y perdurable la influencia del sistema extraordinario sobre el proceso moderno, que cualquier jurista de nuestra época con una dosis de latín vulgar o griego hubiera podido ejercer la profesión en Bizancio en la época del Bajo Imperio.<sup>415</sup>

No está de más hacer una referencia a las fuentes del derecho en esta etapa. A partir del Edicto Perpetuo, se restringe el *ius edicendi*. Es el

---

<sup>415</sup> CUENCA, *op. cit.*, p. 124.

príncipe a través de sus constituciones el que indica al prefecto las normas conforme a las cuales debe administrar justicia. Las dudas no son resueltas como en el derecho clásico, por las respuestas de los prudentes que tenían el *ius respondendi*, sino por el emperador mediante rescriptos. Es el emperador el que busca imponer su voluntad, para lo cual tiene la potestad de suprimir lo que no le resultaba útil a sus funciones. La función del prefecto en el sistema extraordinario es menos de magistrado, pero más juez. Es la preeminencia del principio dispositivo sobre el inquisitivo.

La jurisprudencia no decae por completo. Adriano refuerza el valor de la opinión de los jurisconsultos cuando encomienda la redacción del Edicto Perpetuo promulgado en el 130. Este edicto es la ley que debe aplicar el juez y aun cuando posteriormente se le concede la facultad de fijar nuevas normas, ya no tienen, como antes, carácter de ley.

En esta etapa del proceso extraordinario, la fórmula y las dos instancias se dejan de lado. No son las partes las que eligen un juez, éste es el mismo desde el principio hasta el final. Nada es contractual, todo se realiza por imperio de la ley. Todas estas características son consecuencia del carácter público que asume el nuevo sistema procesal.

Sin embargo, se critica la falta de unidad en el proceso ya que en su contenido se mezclan leyes romanas y costumbres bárbaras. Producto de nuevas y viejas leyes, de diferentes costumbres y civilizaciones. Es un proceso menos formalista e impreciso, pero más práctico, rápido y sencillo.

El nuevo proceso es escrito en su mayor parte, con una minoría de actuaciones orales, lo contrario del formulario. La publicidad del proceso también sufre un cambio ya que el acceso del público al recinto judicial no es libre.

A partir del siglo III en que el proceso extraordinario se extiende a todo el Imperio, la Corte es trasladada a Constantinopla. Roma desde entonces es considerada una provincia.

Así como el juez moderno se limita a aplicar la ley en el proceso con los poderes discrecionales, más o menos amplios, según los diversos

tipos de legislación, así el prefecto, vicario, obispo o rector, durante el sistema extraordinario, se limitaba a aplicar la ley ya formulada de antemano en los Códigos y en las disposiciones imperiales e incluso tenía a mano la interpretación exegética recogida por los compiladores bizantinos.

En resumen, los jueces desempeñan una función jurisdiccional estricta y limitada. Ese poder de administrar justicia lo reciben por delegación del príncipe, tal lo que ocurre con el juez moderno que tiene su poder por delegación del Estado. El gran juez es el emperador. Él resuelve las dudas, incluso revisa las sentencias.

Esta caracterización que hacemos del proceso extraordinario viene a cuento para entender la evolución que se da en el régimen de la prueba. En efecto, el juez (prefecto, vicario, etc.), para averiguar la verdad, tenía más amplitud que la que hoy tiene en nuestro proceso. Podía interrogar a las partes cuantas veces creyera conveniente, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad en que el juez solo podría interrogar un testigo no ofrecido por las partes, en virtud de una medida para mejor proveer. En esta etapa los principales medios probatorios son: confesión y juramento; documentos, testigos, experticia y reconocimiento judicial.

Al decir de Cuenca,

no sabemos si la apertura del debate probatorio se verificaba automáticamente después de terminado el acto de la *litis contestatio*, o si era menester una providencia del Juez llamando a pruebas. Pero sí es indudable que se operó un cambio fundamental en el régimen de la prueba. De la libre apreciación, se transurre ahora a una convicción regulada mediante ciertas reglas y hasta con un pequeño sistema de tarifa probatoria. A menudo la reglamentación es tan minuciosa que resulta chocante y arbitraria; pero no siempre ocurre así.<sup>416</sup>

En cuanto a la carga de la prueba, el principio *actori incumbit onus probandi* sufre una profunda transformación que se refleja sobre el derecho probatorio moderno. Esta transformación, al igual que ocurrió

---

<sup>416</sup> CUENCA, *op. cit.*, p. 146.

con la apreciación de la prueba, se corresponde con la transformación histórica política de Roma, que incidió en la evolución del proceso civil.

La carga de la prueba no depende ahora de la posición que se adopte en el litigio, y por tanto, ésta no es exclusiva del actor. El principio se modifica en el sentido de que todo aquel que haga una afirmación o pretenda deducir consecuencias favorables de un hecho, debe demostrar su afirmación, o ese hecho, independientemente de que sea actor o demandado. De la misma manera, todo hecho creador, extintivo o modificativo, debe ser demostrado por el que aspira aprovecharse de la novedad.

La prueba corresponde al que afirma y no al que niega.<sup>417</sup> Pero seguidamente Pablo alude a que quien sostiene que su adversario ha sido privado de un derecho, debe probarlo.<sup>418</sup> También Pablo en el *Digesto* dice que cuando el actor presenta dos escrituras, el heredero debe probar ser inútil la posterior, y lo debe ejecutar con aprobación del juez.<sup>419</sup>

La prueba ha dejado de ser elemental o básica –si se nos permite la expresión– para ser más técnica. La prueba de testigos, que antes era la prueba predominante, es sustituida en importancia por la prueba escrita, en papiros y pergaminos. Sin embargo, la prueba documental tenía menos eficacia que la confesión y el juramento.

El magistrado mismo, de oficio o a petición de parte, hacía el reconocimiento de lugares o cosas vinculadas al proceso.

Se ve claro que el juez estaba dotado de amplios poderes de investigación para obtener la verdad, y no debía conformarse con el aporte de hechos suministrados por la actividad probatoria de las partes, sino que estaba autorizado para promover y evacuar, de oficio, sin instancia de parte, todas las pruebas que considerare necesarias.

En relación a la prueba de testigos en esta etapa, Cuenca sostiene la doble función que podía cumplir esta prueba: declarativa e instrumen-

---

<sup>417</sup> Paulo, D. 22, 3, 2.

<sup>418</sup> *Ibidem*, D. 22, 3, 5.

<sup>419</sup> *Ibidem*, D. 22, 3, 12.

tal. “Por la primera considera que se incorpora al proceso los hechos que han caído bajo el dominio de los sentidos... Por la segunda, el testigo ayuda a dar autenticidad a la prueba escrita, como cuando se exige el otorgamiento de los instrumentos privados delante de tres testigos y éstos ayudan a dar fe pública a los actos registrados y notariados”.<sup>420</sup>

Al igual que en etapas anteriores, el testigo debía ser poseedor de una dignidad ilesea. Pero no podía un testigo desvirtuar el contenido de la prueba escrita, siendo ésta la regla, con alguna excepción, como en el caso del testimonio prestado en un caso de extinción de deudas en el que el testigo afirmaba haber visto el pago, haber oído la confesión del acreedor, o lo que conste que efectivamente se verificó la cancelación.

Cuenca nos ilustra acerca de una célebre constitución atribuida a Constantino que negaba “toda fe al testigo único, sin consideración a sus cualidades personales” (C. 4, 20, 9, 1). Se prefiere en el testimonio “al más digno de la fe y mayores en número”; “Se prohíbe presentar por cuarta vez al que no ha comparecido después de tres veces de haber sido ofrecido su testimonio, salvo que la propia parte jure no haber podido antes hacer uso de su declaración (Nov. 90, 2, 4)”.<sup>421</sup>

En el examen del testigo se exige que esté presente el adversario y se le permite la facultad de controlar el interrogatorio mediante repreguntas. El acto de la declaración es público, de manera que si la otra parte no concurre, la prueba será válida.

Pero si bien el testimonio contiene caracteres que podríamos considerar se asemejan a la prueba actual, tenía en esta etapa elementos arcaicos que podían considerarse retrógrados, como por ejemplo, la posibilidad de arrancar la declaración del testigo por medio de torturas, quedando algunas personas exceptuadas de tal acto primitivo, si era menor o viejo, etc.

En orden a la apreciación de la prueba, resulta interesante y por demás claro la ilustración de Cuenca:

---

<sup>420</sup> CUENCA, *op. cit.*, p. 151.

<sup>421</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, p. 152.

Para la apreciación de la prueba testimonial se reproducen en el Digesto sabios fragmentos de Calistrato y en uno de ellos se dice que el Emperador Adriano respondió a Vivio Varo, que le consultaba cómo debía apreciar dicha prueba, lo siguiente: “tú puedes saber mejor la fe que se debe dar a los testigos, a saber, quiénes son, cuál su dignidad y estimación y quiénes aparece que refieren sencillamente lo que dicen: sí por ventura refieren todos una misma cosa, que tienen pensada, y si a los que se les preguntasen respecto del tiempo, responden con verosimilitud” (D. 22, 5, 3, 1).<sup>422</sup>

En el proceso romano existían incapacidades para ser testigos en el caso de personas que tenían alguna incapacidad de derecho en razón de la religión, o por ser enemigos, etc. También existían incapacidades originadas en el parentesco, que están consagradas en su mayoría en los procesos modernos.

### III. La prueba de testigos en el proceso civil argentino

El maestro Lino Enrique Palacios trata la prueba de testigos de modo acabado apoyándose siempre en los artículos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), de modo que nos resulta sumamente práctico efectuar la comparación con el sistema romano.

En primer lugar, en orden al número de testigos, existe una limitación tal como lo hubo en algún momento del proceso romano, en el artículo 430 del CPCCN, modificado por la Ley 22.434, en el sentido de que, en principio, serán 8 los testigos, con la posibilidad de que se pudiera disponer la recepción de otros testimonios si se hubieren propuesto más.

Sin perjuicio de los testigos propuestos, el juez puede disponer de

---

<sup>422</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, p. 153.

oficio la declaración testimonial de otras personas que hubieran sido mencionadas por las partes o de las que el juez tuviera conocimiento, lo que podría hacer en virtud de una medida para mejor proveer, pero no en el período de prueba que llamaremos normal. Pero esto es la excepción, siendo la regla que el juez no puede interrogar a otras personas que no sean las ofrecidas por las partes.

En orden al ofrecimiento de la prueba, tal como ocurría en el procedimiento formulario, el principio es que las partes son las que ofrecen los testigos, presentando una lista de ellos. Ello surge del artículo 429 del CPCCN: “(...) las partes deberán presentar una lista de ellos con expresión de sus nombres, profesión y domicilio (...)”.

El ofrecimiento del testigo se acompaña con un interrogatorio al que deberá responder en el acto de la audiencia. En principio el interrogatorio en el momento de la audiencia no es libre. Es circunscripto a las preguntas formuladas por las partes, lo que representa una diferencia con el procedimiento cognitorio donde el juez podía preguntar a los testigos de modo discrecional y las veces que creyera necesario, sin encontrarse atado a las preguntas formuladas por partes.

A diferencia de lo que ocurría en el procedimiento formulario, el testigo está obligado a declarar correspondiéndole al funcionario público la citación. No son las partes las que deben hacerlo comparecer, aunque sí les corresponde instar la notificación. Pero es la autoridad pública quien cita al testigo. Esto era igual en el proceso cognitorio donde eran los oficiales públicos los que efectuaban las citaciones.

La recepción de la declaración del testigo en esta etapa del procedimiento de la Nación (arts. 38, inc. 5, y 360, inc. 5, del CPCCN modificado por Ley 25.488) no la efectúa el juez personalmente, a diferencia de lo que ocurría en el proceso civil romano, sino que son secretarios, prosecretarios letrados a los que les incumbe, dirigir las audiencias testimoniales que tomen por delegación del juez, aunque, tal como lo afirma Palacios, “ con la aquiescencia de las partes, aquellas son recibidas generalmente por empleados del juzgado destinados a esa función”.<sup>423</sup>

---

<sup>423</sup> PALACIO, L. (2009). *Manual de Derecho Procesal Civil*. 19ª edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 481.

En presencia de ambas partes (si no concurren pierden la posibilidad de repreguntar o de solicitar aclaraciones al testigo), se efectúa el examen de los testigos acerca de lo que sabe de los hechos controvertidos, respetando la sustancia de los interrogatorios propuestos (art. 442, párr. 1º, del CPCCN).

Esta sujeción al interrogatorio es tenida en cuenta incluso si las partes piden aclaraciones o ampliaciones, las que deberán tener vinculación con las preguntas formuladas por la parte oferente.

La jurisprudencia se unificó en el sentido de que esta sujeción no rige para el que repregunta, ya que puede formular preguntas que no estén sujetas al cuestionario propuesto con la condición de que versen sobre cualquier hecho conducente al pleito. Ello tiene su justificación en el principio de adquisición procesal en virtud del cual el testigo ya no pertenece a quien lo ofreció sino que se halla al servicio superior de la justicia.

Esta es la posición del CPCCN al establecer que “la parte contraria a la que ofreció el testigo, podrá solicitar que se formulen las preguntas que sean pertinentes, aunque no tengan estricta relación con las indicadas por quien las propuso” (art.442, párr. 2).

A diferencia de lo ocurría en el derecho romano, las declaraciones del testigo deben documentarse por escrito, salvo que el juez disponga que fuera grabada en la forma prescripta en el artículo 125, inc. 6 (modificado por la Ley 25.488).

Como en el derecho romano, las declaraciones no veraces o contradictorias pueden acarrear las sanciones que disponga el juez.

Las inhabilidades para declarar también están previstas en el proceso civil, derivadas de enfermedades o incapacidades físicas y mentales, o con causa en el parentesco con las partes o de una especial relación con alguna de ellas. El encontrarse dentro de alguna de estas especiales situaciones puede hacer pasible al testigo de ser “tachado” por alguna de las partes en pos de invalidar o disminuir el valor de la declaración.

En la apreciación de la prueba de testigos, el juez goza de amplias facultades para valorar, conforme a las reglas de la sana crítica, la ap-

titud probatoria de las declaraciones de los testigos. En ese sentido, el artículo 456 del CPCCN así lo consagra: “El juez apreciará, según las reglas de la sana crítica y en oportunidad de dictar sentencia definitiva, las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan las fuerzas de sus declaraciones”.

El juez no está, en consecuencia, sujeto a reglas predeterminadas en la valoración de las declaraciones testimoniales, sino que debe efectuar esta tarea de conformidad a las reglas de la lógica, los principios científicos y las máximas de la experiencia.

Este principio de la sana crítica impide que se aplique aquel principio que, conforme Cuenca, se atribuye a Constantino,<sup>424</sup> *testum unus testis nullus*, y que pasó a las Leyes de Partidas. Actualmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que la declaración de un testigo único puede fundar válidamente una sentencia, si es conforme a la lógica y a las reglas de la sana crítica. Palacios considera que ello sin perjuicio de que la valoración de la prueba se efectúe en tal caso, con mayor estrictez.

#### **IV. Los nuevos paradigmas en el proceso civil argentino en orden a la prueba de testigos**

En los Códigos más modernos que se van adoptando en algunas provincias de Argentina (Tucumán, por ejemplo) se produjo un cambio sustancial en orden al ofrecimiento de la prueba, en cuanto a la oralidad en la mayoría de los actos procesales, en cuanto a la producción de la prueba, en la recepción de las declaraciones testimoniales y en orden a la tarea judicial de apreciación de la misma.

Los ejes fundamentales de estos nuevos Códigos, algunos en proyecto aún, son el nuevo rol de los jueces y las partes, la mediación y la uti-

---

<sup>423</sup> CUENCA, *op. cit.*, p. 152.

lización de nuevas tecnologías. A diferencia de lo que ocurría en los Códigos ahora derogados –en el caso de la provincia de Tucumán– los intervinientes en las causas deberán tener una actitud proactiva, ya que el juez está a cargo de la dirección del proceso para una pronta y justa solución del proceso.

Y en esto encontramos una familiaridad con el proceso romano, todas las audiencias y las pruebas se realizarán ante la presencia del juez, quien no puede delegarlas en otros funcionarios. Esto es absolutamente nuevo.

Esto refuerza y torna protagonista al principio de inmediación. Podría considerarse que hay una “humanización de la Justicia”, ya que el juez deja de dictar fallos viendo un expediente, para ver a las partes en persona. Juez y partes se ven las caras sin la intermediación del papel. La mayor parte del juicio va a ser oral.

Capítulo aparte que se consagra es la prestación virtual del servicio de justicia, pasando del viejo expediente en papel al expediente digital. La firma del juez y de las partes es electrónica, al igual que el domicilio de notificación, y se utilizarán las videograbaciones y las videoconferencias. Las nuevas tecnologías deben ser usadas para hacer más fácil y rápido el servicio. Pero esto no es lo relevante en nuestro trabajo.

El nuevo proceso contiene una audiencia, que nos recuerda a aquella audiencia del proceso romano en el que las partes concurrían con las pruebas de que intentaban valerse, en presencia del juez.

Esta presencia indelegable del juez es señalada en el artículo 449: “La Primera Audiencia deberá celebrarse con la presencia y bajo la dirección del juez de la causa, o el juez que lo subroga, en forma indelegable, y bajo pena de nulidad absoluta”.

No hay duda de que es éste el juez y no el del procedimiento derogado, el que nos recuerda al juez del proceso romano que tenía contacto personal con la prueba, en una rigurosa aplicación del principio de inmediación entre la prueba y el juez. En este nuevo procedimiento, las partes ofrecen las pruebas por escrito antes de la audiencia de prueba.

Y aquí vemos otra sustancial diferencia con el anterior Código de Procedimientos en orden al modo de ofrecer la prueba testimonial.

El artículo 368 del Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán en sus partes pertinentes reza:

(...) Al ofrecer la prueba de testigos, se indicará nombre, datos personales que se conozcan y domicilio de cada uno de ellos con la especificación de todos los detalles para su debida identificación. Se justificará sumariamente la necesidad de su declaración, y se señalará el hecho que se intenta acreditar con ella. Si se desconociere alguno de estos datos, se proporcionarán los necesarios para individualizar al testigo y hacer posible su citación. El número de testigos ofrecidos por los litigantes no podrá exceder de cinco (5) por cada parte y se podrá admitir mayor número prudencialmente por el tribunal si fueren imprescindibles para la causa. En la misma oportunidad, podrá ofrecer también hasta dos (2) testigos para reemplazar a los ofrecidos, cuando no puedan declarar por causa de muerte, incapacidad, enfermedad o ausencia (...). Será carga de quien los ofrece asegurar su presencia en la Segunda Audiencia, en la cual deberán declarar, salvo que su citación hubiere sido efectuada por el Tribunal.

De este texto rápidamente podemos ver que el interrogatorio del testigo será libre, ya que no exige que se presente un interrogatorio al momento del ofrecimiento, sino solamente que se justifique sumariamente la necesidad de su declaración y que se señale el hecho que se intenta acreditar con la declaración del testigo.

El artículo 375 refuerza esta circunstancia diciendo expresamente que “los testigos serán examinados libremente” (art. 375, 3). Este mismo artículo indica el modo de examinar al testigo: “Comenzará el examen al testigo la parte que lo haya ofrecido, luego podrá contra examinar la otra parte y finalmente el tribunal”.

Existe también una limitación en el número de testigos que la parte puede ofrecer, que en este caso es de 5.

La carga de hacer que el testigo comparezca también nos remite al proceso romano, ya que en principio es carga de la parte hacer que el testigo comparezca, siendo la excepción que la citación se haga por el tribunal. En el anterior procedimiento, siempre el testigo debía ser citado por el tribunal.

Siguen existiendo en el nuevo procedimiento las incapacidades e inhabilidades que ya estaban previstas.

En este nuevo proceso, como ya lo dijimos, como consecuencia de ser reiterativo, aparecen cambios sustanciales que ya tienen que ver con las técnicas de litigación oral.

Aquí la prueba de testigos alcanza otros ribetes de importancia. Ello tiene incidencia en la tarea del abogado, que no se limita a ofrecer un testigo y hacer preguntas por escrito que se van a leer textualmente. El abogado se convierte en investigador. Va a investigar realmente quién es el testigo que puede aportar información relevante para los hechos que quiere probar.

Para eso el abogado va a escuchar a cada testigo antes, en la privacidad de su estudio, y así podrá seleccionar testigos de calidad, más que cantidad. El abogado en este caso, para llevar a buen puerto sus pretensiones, va a tener que reunirse con el testigo, pero no para prepararlo como se hacía antes, dándole el pliego de preguntas y las respuestas y diciéndole: “Usted no se mueva de estas respuestas”. Ahora el abogado tiene que escuchar bien al testigo. Escucharlo para saber si le conviene o no presentarlo. Aquel escenario que antes se hacía casi en secreto, en que el abogado se reunía en su estudio con los testigos ya no es algo mal visto, pecaminoso, falto de ética. Ahora es síntoma de profesionalismo. El abogado está haciendo la tarea investigativa necesaria para llegar a probar lo que sostiene. Esto es propio de los sistemas de litigación oral que se están imponiendo y que en Tucumán ya entró en vigencia.

Este sistema de litigación oral está impregnado del principio adversarial de litigación. Y ello impone al abogado un nuevo desafío. Entrenarse en la oralidad, en plantear y resolver todo en el momento. En examinar a los testigos oralmente y no sujeto a un interrogatorio. Ahora el abogado debe estar presto para intervenir, oponerse ante la pregunta o ante el contraexamen. Ya no hablamos de repreguntas. Ahora se habla de un contraexamen, tal lo que ya venía ocurriendo en el proceso penal. Es un cambio de paradigma en el examen de la prueba de testigos que en mucho nos recuerda a la etapa del procedimiento romano oral.

Por ello, es fundamental que el abogado tenga elaborada ya su teoría

del caso, propia del proceso adversarial. En base a esta teoría del caso previamente clara, el abogado seleccionará a sus testigos que abonarán o no esta teoría, tratando de incorporar a través de los testigos elementos que la abonen.

En cuanto a la carga de llevar al testigo, el nuevo paradigma es que la carga de que el testigo vaya a declarar le corresponde a la parte que lo ofrece. No es que debe hacerlo notificar por el juzgado. Debe llevarlo o asegurarse por medios privados de que el testigo vaya, esa es la regla. Es la excepción que el testigo deba ser notificado por el juzgado. Nótese el cambio rotundo. Antes había que notificarlo aun cuando ya le hubiéramos avisado para que no vayan a decir que uno se había comunicado con el testigo. Y se le avisaba que le iba a llegar la notificación. Ahora la regla es que la parte que ofrece lo lleve al testigo. Ya no está mal visto que la parte misma le avise al testigo. Antes era un pecado, y se le decía al testigo que no vaya a decir que el abogado le avisaba. Era secreto. Ahora no, todo ha cambiado. Es necesario borrarse el prejuicio de que las partes porque tenían contacto previo con el testigo, ya ese testigo no era creíble. Antes cuanto más distancia había con el testigo, más creíble era. Hasta había testigos que querían saludar al abogado a la entrada de las audiencias para que no lo cuestionen. Este nuevo sistema presume que el abogado se reunió con el testigo, mal haría si así no lo hiciera. No para prepararlo, sino para investigar. El testigo ofrecido por la parte recibe el nombre, conforme a las técnicas de litigación oral, de “testigo amigable”. No porque sea amigo, sino porque es testigo elegido para abonar la teoría del caso.

Está la posibilidad de continuar con el sistema de que el juzgado siga notificando al testigo, pero la idea es que eso cambie. Y que sea la parte la que se ocupe y asegure. Habrá casos en que la parte no puede asegurar la comparecencia del testigo.

Estos cambios en el examen de los testigos, el que se realiza con libertad, sin sujeción a un cuestionario, nos ponen en la necesidad de prepararnos en ello. La parte oferente es la que comienza con el examen directo, nombre que le corresponde según las técnicas de litigación oral. Al interrogatorio lo hace la parte directamente. No el empleado o el

juez. Es la parte la que formula preguntas libres, se supone, relacionadas con lo que quiere probar.

## V. Conclusiones

Hemos hecho una reseña de la evolución de la prueba de testigos siempre tratando de confrontar con el proceso civil romano, desde las primeras épocas. Hemos visto como fue variando la prueba y la apreciación de la misma en aquel proceso y en el procedimiento civil argentino.

Hemos hecho referencia a los nuevos aires que soplan en el ofrecimiento y producción de la prueba de testigos. Y vimos que a veces se alejó y otras se acercó a la misma prueba en el derecho romano. Siempre me es grato ver Roma y después la actualidad.

Para terminar, como lo sostuvo un autor que alguna vez leí, pero que siendo honesta en este momento no recuerdo, me resulta grato citar porque me parece totalmente actual:

Esta visión del antiguo derecho romano, de la antigüedad jurídica, quedaría incompleta si no lográramos proyectar, sobre la borrosa pantalla de las ideas, la vieja imagen del proceso romano. Esa vieja imagen, como sombra tras el cristal, palpita en el fondo de las instituciones jurídicas actuales y es siempre grato levantar, por un momento, su opresor polvo de siglos. Al hacerlo descubrimos de inmediato que un poderoso fermento espiritual la mantiene en perpetua vivacidad.

## Bibliografía consultada

- CUENCA, H. (1957). *Proceso civil romano*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

- LOUZAN SOLIMANO, N. (2000). “Los testigos en el proceso romano”. En *La prueba y medios de prueba. De Roma al derecho moderno. Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano*, pp. 465-470.

- PALACIO, L. (2009). *Manual de Derecho Procesal Civil*. 19ª edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 399.

# Contratos romanos modernos: la consensualidad en la compraventa y el *pacta sunt servanda*

---

Por Andrea Costa, Paola Acosta, Marilina Miceli y Leticia Núñez<sup>425</sup>

## Resumen

El presente trabajo es una continuación del proyecto de investigación bianual y rentado de la Universidad Argentina J. F. Kennedy, que analiza dentro de la clasificación de los contratos consensuales del sistema jurídico romano la conceptualización y caracterización de la compraventa, la importancia de cumplir con lo pactado (*pacta sunt servanda*) desde una mirada histórica hasta su incorporación en el Código Civil y Comercial de la Nación.

---

<sup>425</sup> Equipo de investigación de la Universidad Argentina J. F. Kennedy.

## I. Introducción

El tema abordado en este trabajo serán los contratos romanos modernos de carácter consensual de Roma a la actualidad, en especial la compraventa. Por ende, forjaremos un breve repaso de cómo se forman los mismos en Roma y cómo el derecho argentino incorpora este instituto. Asimismo, enunciaremos las similitudes y diferencias que existen entre éstos y concluiremos con una apreciación personal sobre la recepción del derecho romano en el derecho actual y el valor de la consensualidad por el principio de *pacta sunt servanda*.

## II. Desarrollo

El Código Civil y Comercial de la Nación define a los contratos en el artículo 957 como el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales; el antiguo Código Civil de Vélez lo definía en el artículo 1137. Costa, en su *Manual de Derecho Romano Público y Privado*, lo referencia como acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos dirigido a crear obligaciones.<sup>426</sup>

A diferencia del derecho argentino, en el derecho romano no todos los acuerdos de voluntades implican la celebración de un contrato, sino que solo tienen calidad de tal aquellos que la ley les atribuye la exigencia de la obligación y están protegidas por una acción. Esto va fluctuando a través de los años, en donde los contratos se vuelven la principal fuente de las obligaciones.

En el derecho romano antiguo, podemos mencionar que se tenía como característica la dualidad entre contrato y convención. La convención estaba constituida por el acuerdo de voluntades y se diferen-

---

<sup>426</sup> COSTA, J. C. (2016). *Manual de derecho romano público y privado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

ciaba del contrato en que la misma no obligaba ni tenía acción, aunque habilitaba la oposición de excepciones.

Como ocurre en todo el devenir histórico jurídico de Roma, con el correr del tiempo se excepciona la regla y se otorga el reconocimiento de los pactos o acuerdos en los denominados contratos consensuales (clasificación de los contratos modernos), donde primaba el equilibrio justo entre las prestaciones y la buena fe como parte intrínseca subjetiva de la voluntad.

Esto ocurre debido a que en el Imperio la brecha que diferenciaba a las convenciones y los contratos, se hace más pequeña. Muchos de los acuerdos celebrados toman o adquieren el mismo valor que los contratos, modificando así el paradigma por el cual el acuerdo de voluntades no era esencial, pues lo que perfeccionaba al contrato era la entrega de la cosa, naciendo una deriva o nueva clasificación contractual que se anexa a la ya existente.

Pero es con Justiniano cuando el contrato pasa a ser considerado como un acuerdo de voluntades capaz de transformar a una persona en deudora de otra (facultad de inordinación y subordinación). Esta obligación puede versar sobre la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.

Si revisamos los textos legales recientes podríamos concordar esta concepción con la receptada por el Código Civil de Vélez Sarsfield en el artículo 1137: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”. Así como también se refleja en el artículo 957.<sup>427</sup>

### III. Compraventa

Los contratos consensuales son aquellos que se perfeccionan por el

---

<sup>427</sup> Art.957 del CCCN: El contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

mero consentimiento, sin ser requisito necesario ninguna formalidad verbal o escrita. Estos son la compraventa (*emptio venditio*), la locación (*locatio conductio*), el contrato de sociedad (*societas*) y el mandato (*mandatum*).

Se hace preciso adentrarnos dentro del contrato de compraventa y definirlo como el contrato por medio del cual la persona llamada vendedor se obliga a transmitir la posesión de una cosa asegurando su goce a otra denominada comprador que se compromete a abonar por ella una suma cierta de dinero llamada precio.<sup>428</sup>

En un principio, ésta misma era denominada trueque o permuta, luego se busca un elemento común de cambio para esta transacción. Así, se comienzan a utilizar metales preciosos reemplazando al trueque, y finalmente aparece la moneda, dándole un valor preciso a las cosas. Recién a finales de la República, este contrato se considera como generador de obligaciones.

Por la compraventa de la cosa no se transmite la propiedad de la misma sino la posesión de ella, por ende, la prestación del vendedor no sería un *dare* (transmisión de la propiedad de una cosa o en la constitución de cualquier otro derecho real sobre la cosa) sino un *praestare* (alude al contenido general de la obligación: prestación). Como cuando una persona se obliga a garantizar una deuda ajena. Para que el comprador adquiriera el dominio de la cosa era necesaria la *traditio*, aquel acto que consiste en la transmisión de la propiedad de una cosa mediante entrega de la misma del *tradens* (transmitente) al *accipiens* (adquirente), contando con la recíproca voluntad de ambos de transmitirla y adquirirla, en base a una justa causa que demuestra ante el derecho la legitimidad de dicha transmisión. La *traditio* funciona como justa causa.

Es bilateral, sinalagmático perfecto, oneroso, conmutativo y de buena fe.

Para que el contrato tuviera eficacia se requería de los elementos generales necesarios a toda relación contractual, respecto de la capacidad

---

<sup>428</sup> COSTA, *op. cit.*

se exigía capacidad de obrar. En relación al objeto, podía ser cualquier cosa mueble o inmueble, corpórea o incorpórea, presente o futura que estuviera *in commercio*. También se admitió la eficacia de la venta de cosa futura, ya fuera bajo la condición de que la cosa llegar a existir.

En la compraventa existen dos acciones protectorias: la *actio empti* o *ex empto* (acción que ejerce el comprador contra el vendedor para lograr la posesión de la cosa vendida) a favor del comprador y la *actio venditio ex vendio* (acción ejercitable en caso de venta de buena fe para beneficiar al vendedor, exigiendo el cumplimiento de las obligaciones surgidas de la *emptio-venditio* por parte del comprador) que se le otorgaba al vendedor.

La obligación principal que tenía el vendedor consistía en entregar la cosa, ya que la compraventa consistía en otorgar sobre la cosa aquel poder de hecho que las fuentes designaban con la expresión *habere licere* (tener en forma lícita), la transferencia de dominio. En un principio, la cosa entregada no generaba obligaciones para el vendedor. Sin embargo, si se había dado el negocio jurídico de manera solemne, su responsabilidad se efectivizaba por la *actio auctoritatis*, que obligaba al vendedor a entregarle lo equivalente al doble del precio que él le había entregado en la compra de la cosa.

Se incorpora la garantía de evicción, que es la garantía por los vicios jurídicos de que adolece la cosa, respondiendo también el vendedor en caso de que la cosa tuviese algún vicio material o defectos ocultos (los que hoy en día denominamos vicios redhibitorios).

El comprador posee dos acciones ante estos vicios: *actio redhibitoria*, cuyo objetivo es lograr la resolución del negocio, y *actio quanta minoris*, para lograr una aminoración del precio pagado.

Por otro lado, a la compraventa se le agregan determinadas cláusulas que podían modificar las consecuencias jurídicas del contrato. Por ejemplo, el pacto de adjudicación a término (*pactum in diem addictio*), donde el vendedor se reserva la facultad de rescindir el contrato en caso de que en cierto plazo se presente otro comprador y le ofrezca mayores ventajas.

El pacto de retroventa (*pactum de retrovendendo*) le permite al vendedor reservarse la facultad de volver a comprar la cosa dentro de cierto plazo por el mismo precio o por un precio diferente, ya determinado o a determinarse. Si este mismo pacto se estipula a favor del comprador, recibe el nombre de *pactum de retroemendo*.

En tanto, el pacto comisorio (*lex commissoria*) implica que el contrato se tiene por no celebrado si el deudor no paga el precio en el lapso estipulado, debiendo por ende restituir la cosa con los frutos percibidos.

Por su parte, el pacto de preferencia (*pactum protimeseos*) señala que en caso de que el comprador desee vender la cosa, le otorga al vendedor prioridad sobre cualquier otro comprador para adquirirla en igualdad de condiciones, entre otros.

En la actualidad es el artículo 1123 quien define a la compraventa expresando: “Hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero”.

En este caso podemos observar que en ambas definiciones, tanto en el contrato de compraventa en Roma y en la actualidad, existen dos elementos esenciales que son el precio y la transferencia de la cosa. El contrato de compraventa es bilateral, oneroso, conmutativo, formal y nominado, características que son casi idénticas a la de los contratos en Roma. Esto quiere decir que la recepción que tenemos del derecho antiguo respecto de este contrato es casi idéntica. Asimismo, la acción que tiene el comprador contra los vicios ocultos y la garantía de evicción que asegura el vendedor respecto de la cosa transmitida de manera onerosa, se encuentran comprendidos en el Código Civil y Comercial en el artículo 1051 y siguientes.

El artículo 1051 define a los vicios redhibitorios y trata el contenido de la responsabilidad por los vicios ocultos, la cual se extiende a:

- a) los defectos no comprendidos en las exclusiones del artículo 1053;
- b) los vicios redhibitorios, considerándose tales los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad, a tal extremo de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor.

Del análisis de esta normativa surge que el tercer párrafo ya parte de identificar que se trata de la responsabilidad por vicios ocultos, con lo cual se advierte que el Código Civil y Comercial sigue la metodología de considerar los vicios ocultos en general, para luego diferenciar cuáles generan responsabilidad de los que no lo hacen. Así entonces, el artículo 1051 se encarga de precisar cuando el vicio oculto genera responsabilidad, y el segundo caso son los vicios redhibitorios, los cuales se definen siguiendo las pautas del Código Civil, si se destaca como nota tipificante que el defecto debe hacer la cosa impropia para su destino (sea estructural o funcional, agregando que amplía el espectro de casos) o disminuyen su utilidad (bajo la perspectiva de que habiéndolos conocido previamente el adquirente no lo hubiere adquirido o su contraprestación hubiese sido menor).

El artículo 1052 del Código Civil y Comercial considera que un defecto es vicio redhibitorio:

- a) si lo estipulan las partes con referencia a ciertos defectos específicos, aunque el adquirente debiera haberlos conocido;
- b) si el enajenante garantiza la inexistencia de defectos, o cierta calidad de la cosa transmitida, aunque el adquirente debiera haber conocido el defecto o la falta de calidad;
- c) si el que interviene en la fabricación o en la comercialización de la cosa otorga garantías especiales. Sin embargo, excepto estipulación en contrario, el adquirente puede optar por ejercer los derechos resultantes de la garantía conforme a los términos en que fue otorgada. Esto se traduce en una ampliación convencional de la garantía;

La referencia a la ampliación del concepto resulta más acorde que el sistema usado en el Código Civil velezano. El artículo indica en qué casos a un defecto puede considerárselo como vicio redhibitorio. Éstos son el acuerdo concreto sobre ciertos defectos (incluso para el caso de que pudieran ser conocidos por el adquirente), la garantía de inexistencia de defectos o calidad (aunque el adquirente pudiera conocerlos) y la garantía especial otorgada por el que interviene en la fabricación

o en la comercialización (salvo que el adquirente opte por ejercer los derechos resultantes de la garantía conforme a los términos en que fue otorgada mientras no haya acuerdo en contrario).

Sería bueno repensar la importancia de la voluntad en la conformación de los acuerdos y el paulatino reconocimiento del consenso y su cumplimiento, dotando, como dijéramos, de efectos jurídicos a determinados pactos que, de manera evolutiva, arrojan la moderna clasificación.

Como lo ha sostenido Moncayo Rodríguez,

La voluntad como elemento esencial del contrato finalmente asume relevancia con la introducción de los contratos consensuales, es decir aquellos que se basan en el simple *consensus* de las partes, de cualquier manera manifestado, contratos que tienen lugar especial en el “sistema contractual romano”. Gayo en las Institutas hace mención en forma expresa a la diferencia entre éstos y los contratos formales, *verbis* y *litteris* al afirmar: “*Gai. 3. 136. Ideo autem istis consensum dicimus obligationes contrahi, quod neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse*” (“*Gai. 3. 136. Y así decimos que en estos modos la obligación se contrae con el consentimiento, ya que no es necesaria forma alguna, ni de palabra ni de escritura, sino que es suficiente que quienes hacen el negocio, hayan convenido hacerlo*”).

#### IV. Lo pactado obliga (*pacta sunt servanda*)

El principio de autonomía de la voluntad le reconoce libertad al hombre para regular sus relaciones jurídicas y establecer su contenido. El libre consentimiento otorgado por las partes para la celebración de un contrato implica que cada uno de los sujetos intervinientes asume el compromiso de cumplir con las condiciones asumidas al momento de celebrar el acuerdo y que, a su vez, espera el cumplimiento de la contraprestación en los términos acordados.

El principio *pacta sunt servanda* se encuentra íntimamente ligado al

principio de buena fe. La fides o fe presupone “tener palabra”, que los sujetos ajustarán su comportamiento conforme a la palabra dada, generando al mismo tiempo la expectativa de que se comportarán conforme a la norma.<sup>429</sup>

Cicerón definió este principio al decir: “El fundamento de la justicia es la buena fe, es decir, la fidelidad y la sinceridad de las palabras y de los acuerdos”,<sup>430</sup> y sostuvo que era la “actitud perseverante y veraz ante las palabras pronunciadas a los acuerdos celebrados”.<sup>431</sup>

Tal como señala Castresana, la *bona fides* o buena fe exige especiales deberes de conducta que implican el cumplimiento de los compromisos y la sinceridad de las palabras pronunciadas.<sup>432</sup>

En materia contractual, y específicamente en el marco del contrato de compraventa, los sujetos de la relación obligacional –comprador y vendedor– confían en que la contraparte cumplirá con la palabra dada y los términos de las condiciones acordadas al momento de la celebración del contrato.

El principio de buena fe consagra que ese compromiso entre las partes tenga que ser cumplido de la manera acordada y determina la concreta extensión de los deberes asumidos por el comprador y vendedor,<sup>433</sup> quienes al concertar el negocio jurídico implícitamente se han comprometido a cumplir con la palabra dada al momento de su celebración.

Ulpiano sostuvo al respecto que la buena fe obligaba a conservar la voluntad de los que legítimamente contrataban, es decir de aquello que han pactado entre sí.<sup>434</sup>

Es decir que las partes –comprador y vendedor– deben cumplir con aquello que se convino,<sup>435</sup> adecuando su propia conducta a “la plena

---

<sup>429</sup> FABRE, M. C. (2003). “Aspectos de la Buena Fe como principio general del Derecho”. En Revista de la Asociación de *Derecho Romano de la Argentina*, Volumen 2. Eudecor, Córdoba, pp. 107-115.

<sup>430</sup> CICERÓN, *De officiis*, 1, 23.

<sup>431</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, III, 17,43.

<sup>432</sup> CASTRESANA, A. (2015). *Derecho Romano. El arte de lo bueno y lo justo*. Madrid: Tecnos, p. 223.

<sup>433</sup> *Ibidem*.

<sup>434</sup> D. 2. 14. 1.

<sup>435</sup> D. 19, 2, 21. (24), Javoleno, *Epístolas*, Libro XI.

realización del acuerdo”.<sup>436</sup>

Así, puede sostenerse que el principio *pacta sunt servanda* requiere que tanto el comprador como el vendedor ajusten sus conductas a las promesas recíprocamente efectuadas al momento de celebrar el acuerdo, “consecuencia de la exigencia lógica de una actitud honrada, leal, limpia, recta, justa, sincera e íntegra, apoyada en la confianza del cumplimiento para dar y recibir cada parte lo que le corresponde”.<sup>437</sup>

Al prestar las partes su consentimiento para la celebración del contrato, se comprometen a cumplir con la prestación a su cargo, con el alcance oportunamente acordado, generándose así la seguridad necesaria para el desarrollo del tráfico jurídico.

El fundamento del principio *pacta sunt servanda* puede ser hallado inicialmente en la necesidad de “mantener el programa contractual dispuesto por las partes”. Los pactos debían ser cumplidos de la forma convenida con el fin de preservar “la causa de la obligación” entendida como aquello que el “contratante espera de la contraprestación”. Esta utilidad no solo hacía referencia al resultado final esperado, tenido en miras al momento de la celebración del acuerdo, sino que se hallaba vigente durante toda la ejecución del contrato.<sup>438</sup>

El consentimiento prestado al momento de formular el acuerdo y la fuerza de ley que adquiere para las partes veda la posibilidad de un “desconocimiento unilateral” del contrato.

Las obligaciones asumidas por las partes en el contrato de compraventa son recíprocas y tal bilateralidad se encuentra ligada con el principio de buena fe. Si una de ellas no cumple con la obligación asumida, no

---

<sup>436</sup> NEME VILLARREAL, M. L. (2010). *La buena fe en derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 163-172.

<sup>437</sup> GÓMEZ, M. I. G. (2011). “Lo que queda del principio clásico *Pacta Sunt Servanda*”. En *Derecho y Cambio Social*, 8(25), p. 9.

<sup>438</sup> VILLARREAL, M. L. N. y CIENFUEGOS, C. S. (2014). “*Pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*: tensiones entre los principios de buena fe y autonomía contractual”. En *Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus. Desarrollos actuales y perspectivas históricas*. México: Novum, pp. 191-238.

puede exigirle a la otra su cumplimiento.<sup>439</sup>

La autonomía de la voluntad con la que cuentan las partes al acordar las condiciones del contrato, origina la obligatoriedad del cumplimiento de la prestación en los términos establecidos.

El principio *pacta sunt servanda* no excluye sin embargo las reglas *rebus sic stantibus*, ya que el principio de *bona fides* y su conexión con razones de equidad prohíben el abuso por parte de una de las partes contratantes, debiéndose evaluar la “concreta realidad comercial” para lograr el equilibrio en las relaciones comerciales (tipo de contrato, precio pactado, ventajas y beneficios para cada contratante, riesgos y responsabilidades en cabeza de cada uno).<sup>440</sup>

A modo de conclusión, sería preciso repensar la importancia de la voluntad en la conformación de los acuerdos y el paulatino reconocimiento del consenso y su cumplimiento, dotando, como dijéramos, de efectos jurídicos a determinados pactos que, de manera evolutiva, arrojan la moderna clasificación. Como así también podríamos afirmar la relevancia y la importancia del pacto cumplido haciendo especial hincapié en la autonomía de la voluntad y en el cumplimiento de la palabra, *pacta sunt servanda*.

## Bibliografía

- AYALA, M. (2014). *Los contratos en el Código Civil y Comercial. Una mirada general al Libro Tercero ‘Derechos personales*. Buenos Aires: Infojus. Recuperado de: [http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Ayala\\_loscontratosenelccc.pdf](http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Ayala_loscontratosenelccc.pdf). (Visitado el 04/10/2022).

---

<sup>439</sup> SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V. (2001). “La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el Derecho Romano clásico: especial referencia al problema de la bilateralidad en los contratos consensuales” En *Anales de la Facultad de Derecho*, Nº 18.

<sup>440</sup> NEME, *op. cit.*

- BARBÓN LACAMBRA, J. A. (2107). “La causa del contrato. Comparación entre el Código Civil de Vélez y el Código Civil y Comercial”. En *Revista Código Civil y Comercial*, N° 2017.
- BELDA MERCADO, J. (2008) “Reconocimiento jurídico de los contratos innominados”. En *AFDUDC*, 12. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/61901269.pdf>. (Visitado 22/05/2022).
- BORDA, A. (2016). *Derecho civil. Contratos*. Buenos Aires: Thomson Reuters.
- CASTRESANA, A. (2015). *Derecho Romano. El arte de lo bueno y lo justo*. Madrid: Tecnos.
- COSTA, J. C. (2016). *Manual de derecho romano público y privado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- FABRE, M. C. (2003). “Aspectos de la Buena Fe como principio general del Derecho”. En *Revista de la Asociación de Derecho Romano de la Argentina*, Volumen 2, Eudecor, Córdoba.
- FREYTES, A. E. (2013). “El contrato en el Proyecto de Código. Concepto y clasificación”. En *La Ley*, N° 2013. Recuperado de: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/contratobancarioCCyC.pdf> (Visitado el 04/10/2022).
- GÓMEZ, M. I. G. (2011). “Lo que queda del principio clásico *Pacta Sunt Servanda*”. En *Derecho y Cambio Social*, 8(25), p. 9.
- HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo III. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- JURIO, M. y PARRA, R. (2015). “El concepto de contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación”. En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP)*. Recuperado de: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/50471/Documento\\_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/50471/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (Visitado el 23/05/2022).

- LEVAGGI, A. (1982). *Historia del derecho de las obligaciones, contratos y cosas*. Buenos Aires: Perrot. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/documentos/lecciones-de-historia-juridica-ix-1982-levaggi-historia-del-derecho-de-las-obligaciones.pdf> (Visitado el 04/10/2022).

- MONCAYO RODRÍGUEZ, S. (2005). “La consensualidad de los contratos en el derecho romano”. En *Letras Jurídicas*, Vol 11, N° 6. Recuperado de: <https://cdigital.uv.mx/bitstream/handle/1944/51124/MoncayoRodr%C3%ADguezSocorro.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Visitado el 10/04/22).

- NEME VILLARREAL, M. L. (2010). *La buena fe en derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- VILLARREAL, M. L. N. y CIENFUEGOS, C. S. (2014). “*Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus: tensiones entre los principios de buena fe y autonomía contractual*”. En *Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus. Desarrollos actuales y perspectivas históricas*. México: Novum.

- SÁNCHEZ HERRERO, A. (2021). “Contratos reales y consensuales”. En *Revista Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba*, N° 5. Recuperado de: <http://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/RFD/article/view/5227/6475> (Visitado el 10/04/22 21:27).

- SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V. (2001). “La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el Derecho Romano clásico: especial referencia al problema de la bilateralidad en los contratos consensuales”. En *Anales de la Facultad de Derecho*, N° 18.

- SCIELO. *Revista de Derecho Privado*. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0123-43662015000100004](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662015000100004) (Recuperado el 10/04/22).

# La vigencia de la *actio popularis romana*

---

Por Carlos Andrés Domínguez Scheid<sup>441</sup>

## I. Introducción

La *actio popularis* tiene su origen en el derecho romano y es una pretensión que puede interponer cualquier persona en nombre de otra o para el bien público. Su finalidad es imponer multas en el marco del derecho penal para proteger intereses colectivos y por tanto individuales.

Como ha destacado Delgado Schneider, siguiendo a Ihering, en la Roma republicana las cosas públicas eran las que le pertenecían en común a todo el pueblo romano, a diferencia de las cosas privadas, que solo le pertenecían a cada individuo. En esa época lo público era, en primer lugar, de los ciudadanos romanos, por lo que quien ejercía una acción popular defendía tanto el interés del pueblo como el suyo propio. Luego, en la época imperial, ese criterio de dominio popular fue reemplazado por el absolutismo del emperador.<sup>442</sup>

---

<sup>441</sup> Académico del Departamento de Derecho, Universidad Autónoma de Chile.

<sup>442</sup> DELGADO SCHNEIDER, V. (2005). "La protección del medio ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: Un estudio histórico-comparativo." En MARTINIC GALETOVIC, D. y TAPIA RODRÍGUEZ, M. (eds.). Sesquicentenario del código civil de Andrés Bello, pasado, presente y futuro de la codificación. Tomo II. Santiago de Chile: Lexis Nexis, p. 909.

En este sentido de la *actio popularis* romana podemos apreciar que existirían bienes y derechos que superaban la dimensión individual y que el derecho romano desarrolló un mecanismo para tutelar esos intereses. Este origen romano de la acción popular y su importancia que tiene en el debate actual en torno a la implementación de las llamadas *class actions* en el derecho latinoamericano. Nuestro derecho sigue la tradición jurídica del derecho continental europeo, también llamada tradición romano-canónica o *civil law*.

En la investigación respecto al desarrollo de herramientas procesales de litigación masiva, como lo son las *class actions* del derecho estadounidense, exponente de la tradición llamada *common law* o derecho anglosajón, el análisis tradicional considera que recién aparecen en el derecho medieval inglés.

El concepto moderno de *class action* ha sido desarrollado en el derecho procesal civil de Estados Unidos, aunque sus antecedentes históricos se encuentran en el antiguo derecho medieval inglés. Yeazell explica que el primer caso del que tiene noticia fue uno ocurrido en 1199.<sup>443</sup> Se trató de la demanda de un clérigo inglés en contra de cuatro miembros de su parroquia, que fueron demandados en representación de todos los otros parroquianos por el cobro de tarifas parroquiales correspondientes a derechos de entierro.

Marcin<sup>444</sup> publicó en 1974 el artículo “Searching for the Origin of Class Action” en el que explica que, si bien se considera como primer antecedente histórico de las *class actions* al caso “Brown v. Vermuden” de 1676, el origen de esta institución es más antiguo. Remonta las *class actions* hasta el siglo XIV, en un litigio promovido por habitantes de las Islas del Canal de la Mancha, “The Channel Islands case”. Explica que esas islas, Jersey, Guernsey, Alderney y Sark, de antiguo dominio normando, fueron entregadas en concesión por el rey Eduardo I de

---

<sup>443</sup> YEAZELL, S. (1997). “The Past and Future of Defendant and Settlement Classes in Collective Litigation.” En *Arizona Law Review*, Vol. 37, Nº 4, p. 688.

<sup>444</sup> MARCIN, R. (1974). “Searching for the Origin of Class Action.” En *Catholic University Law Review*, Vol. 23, p. 516.

Inglaterra a un noble. Este señor, disponiendo de su concesión, decidió que todos sus inquilinos deberían pagar las rentas con monedas francesas en lugar de inglesas. En la práctica aquello significó que las rentas se triplicaron, debido al menor valor de la moneda inglesa. Los reclamos de los inquilinos llegaron hasta el rey, quien despachó dos jueces a las islas para que atendieran la situación y resolvieran lo que correspondía. Lo interesante fue que el reclamo de los inquilinos era en representación propia y de todos los demás enfrentados a esta alza arbitraria de las rentas de arriendo. Derivados los antecedentes al Consejo Real (*King's Council*), este tribunal determinó una fecha en la que debería comparecer uno de los inquilinos reclamantes en nombre de todos los demás. Marcin describe esta situación como la primera *class action* del derecho de los consumidores.<sup>445</sup> Los inquilinos perdieron el caso y debieron pagar la renta en monedas francesas.

Otro autor que sostiene este origen medieval es Redish,<sup>446</sup> quien en su postura crítica contra las *class actions*, las justifica en el contexto sociopolítico de la Inglaterra de aquella época. Explica que la organización colectiva era una consecuencia natural de la realidad en que vivían los habitantes de las villas, con deberes hacia un señor local y hacia su superior, por lo que era natural que todos los habitantes de una localidad fueran responsables por las conductas de sus vecinos. Agrega que para el siglo XVII, la litigación en grupo estaba confinada a asentamientos rurales.<sup>447</sup>

Este mecanismo del antiguo derecho inglés llegó hacia América en el territorio que actualmente son los Estados Unidos. Aparece como algo típico del derecho anglosajón, remitido al concepto de equidad (*equity*). Como sabemos, esa denominación describe el derecho creado por la Cancillería de Inglaterra (*Court of Chancery*). Ese tribunal daba soluciones a casos en que no era posible resolver de acuerdo con la ley vigente.

---

<sup>445</sup> MARCIN, *op. cit.*, p. 521.

<sup>446</sup> REDISH, M. (2009). *Wholesale Justice: Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Lawsuit*, Stanford. California: Stanford University Press, p. 6.

<sup>447</sup> *Ibidem, op. cit.*, p. 7

Redish sitúa el origen estadounidense de las *class actions* en 1833, en que la Corte Suprema de ese país adoptó la Regla de Equidad 48 (*Equity Rule 48*).<sup>448</sup> Klonoff agrega que en 1842 se produce la primera codificación de una *class action*, solamente para procedimientos de equidad (*equitable proceedings*).<sup>449</sup> Explica que esa regla permitía un procedimiento de representación sin que cada individuo compareciera personalmente, pero establecía que para los miembros ausentes la sentencia no era vinculante, por lo que podían escoger no estar obligados por ella si no estaban conformes con el resultado.<sup>450</sup>

Según enseña Gidi, para realizar un estudio comparativo sobre la litigación masiva es fundamental tener una comprensión amplia de los litigios grupales en lugar de generar subcategorías artificiales dentro de las acciones colectivas y compararlas con las acciones individuales. Esta perspectiva general incluye todo tipo de acciones que tutelan los derechos de un grupo, independientemente del tipo de remedio buscado (como medidas cautelares, declaraciones o pago de daños), el representante del grupo (como acciones civiles públicas, acciones organizativas, acciones populares o acciones de miembros) o la naturaleza del derecho que se protege en los tribunales (ya sea una disputa privada o un asunto de interés público). Sin embargo, esto no significa necesariamente que todos deban ser regulados de manera similar, ya que los diferentes tipos de litigios grupales pueden tener otros incentivos estructurales y consideraciones políticas<sup>451</sup>. Ya desde comienzos de este siglo hay autores latinoamericanos que explican que en nuestra tradición jurídica es posible encontrar antecedentes de la protección de intereses colectivos o supraindividuales en el derecho romano.

---

<sup>448</sup> *Ibidem*.

<sup>449</sup> KOLONOFF, R. (2017). *Class Actions and other Multy-Party Litigation. In a nutshell*. St. Paul, Minnesota: West Academic, p. 25.

<sup>450</sup> KOLO NOFF, *op. cit.*, p. 26.

<sup>451</sup> GIDI, A. (2004). *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 33.

## II. La vigencia de la *actio popularis*

*Actio popularis* es un concepto legal que se originó en la Antigua Roma. Se refiere a una acción disponible para todos los ciudadanos de Roma, que tiene como objetivo promover el bien común de la sociedad haciendo frente a las injusticias causadas por una agresión o el desorden.

Si bien las personas tienen derecho a participar en actividades públicas que promuevan sus intereses, también pueden defender los intereses del público o de otros ciudadanos. Sin embargo, en las acciones populares, los individuos actúan en nombre del pueblo o de la comunidad y no en su nombre o sus intereses. En la *actio popularis*, los ciudadanos litigan en su nombre y para su beneficio.

Durante la era republicana en Roma, el poder del gobierno residía en el pueblo romano. El concepto de *populus* encarnaba la idea de participación activa y de mandato por el bien común, representando no solo la pluralidad de las personas sino también la integración de los ciudadanos. Como sujeto de derecho público el *populus* romano protegía los derechos individuales de particular importancia para la sociedad, como los derechos de las personas con discapacidad y las libertades civiles, y defendía el bien común. La relación entre el pueblo de Roma y los individuos estaba estrechamente entrelazada, y el daño al pueblo también afectaba a quienes iniciaban procesos judiciales. Los ciudadanos que se sintieron perjudicados tenían un interés genuino en proteger los derechos colectivos del perjudicado y el bien común, lo que les afectaba directamente. En resumen, el concepto de *populus* fue un elemento fundamental del derecho romano y del desarrollo del pueblo, y sigue influyendo en nuestro ordenamiento jurídico actual.

Sobre la existencia de estas acciones populares, Fernández de Buján explica que en un texto del comediógrafo romano Plauto (254 a. C.–184 a. C.) se menciona a aquellos que ejercen acciones populares con el único propósito de obtener ganancias económicas de la pena impuesta como castigo, también conocido como *praemium*. En casos de daños causados a bienes públicos, la pena prevista podía llegar a ser cuatro

veces el monto del daño causado, lo que llevó a la denominación de *actio quadrupli* para la acción legal y *quadruplicatores* para los acusadores. Plauto destaca que la ganancia obtenida por los *quadruplicatores* en caso de que el acusado fuera condenado era la razón de su mala reputación social, ya que se les atribuía un interés económico en la acusación.<sup>452</sup>

Es importante señalar que la utilidad de acudir al origen romano de esta acción popular se debe a que un principio general de derecho es precisamente el que establece la obligación de indemnizar por los daños culposa o dolosamente causados: la responsabilidad, que en la acepción que le da el *Diccionario de Español Jurídico de la Real Academia Española de la Lengua* es “Obligación de resarcir las consecuencias lesivas para los derechos o intereses de otra persona derivadas de la actuación propia o ajena, bien se deriven aquellas del incumplimiento de contratos, o bien de daños producidos por simple culpa o negligencia”. En esta materia nos referimos a la responsabilidad originada en daños. Ahora bien, si estos daños afectan a un gran número de individuos, en muchos casos cuya determinación individual es difícil, o también en el caso en que se afecten directamente bienes comunes, por ejemplo, el medio ambiente, estamos en presencia de los llamados daños masivos. Esta situación ha generado un debate interesante y un estudio muy acucioso respecto al régimen de las *class actions* de Estados Unidos.

Durante su período en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el juez Antônio Augusto Cançado Trindade observó una distinción entre *actio popularis* y acciones colectivas. Señaló que las acciones colectivas (*class actions*) surgieron de la necesidad procesal cuando un individuo, en representación de una comunidad, buscó prevenir o remediar el daño que afectó a varios miembros de la comunidad. En tales casos, se podrían emprender acciones legales para proteger a los indefensos. Si bien existe cierta superposición entre estas dos herramientas legales, la demanda colectiva requiere la existencia de víctimas reales o potenciales. Sin embargo, debido a que las acciones colectivas pueden

---

<sup>452</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2018). “La acción popular romana, *actio popularis*, como instrumento de defensa de los intereses generales, y su proyección en el derecho actual”. En *Revista General de Derecho Romano*, N° 31.

presentarse en interés de otros, pueden ser consideradas como un tipo de *actio popularis*.<sup>453</sup>

Podemos encontrar otra manifestación de vigencia del concepto de *actio popularis* en el derecho internacional. Esta relación se observa, entre otras, en obras como el libro de 2018 *The Right of Actio Popularis before International Courts and Tribunals*,<sup>454</sup> de Farid Ahmadov, en la que explora el concepto de *actio popularis* en el marco del derecho internacional y su relación de interdependencia con la normatividad procesal y sustantiva; el artículo de 2003, “*Actio Popularis. The Class Action in International Law*”, de William J. Aceves, en el que trata directamente de la *actio popularis* como una *class action* en materia de derechos humanos.<sup>455</sup> Para el diccionario *US Legal*, la *actio popularis* es un término en latín que significa un juicio presentado por un tercero en interés del público en su conjunto. Deriva del derecho penal romano. Por ejemplo, a veces se utiliza en el contexto del enjuiciamiento por genocidio y terrorismo en virtud del derecho internacional. También, en el ámbito del derecho internacional, el artículo “La *actio popularis* estatal en el derecho de la organización mundial del comercio: Estudio de las sentencias DS27 CE-Banano III (1996-2012) y DS306 India medida antidumping sobre las baterías procedentes de Bangladesh (2004-2006)”, de Méryl Thiel, explica el origen romano y la aplicación contemporánea de esta institución.<sup>456</sup>

Este concepto también ha trascendido las fronteras del derecho occidental y en años recientes han sido publicados artículos académicos que

---

<sup>453</sup> CHUBRIKI, S. y CHALOVSKA DIMOVSKA, N. (2016). *Use of actio popularis to cases of discrimination*. Helsinki Committee for Human Rights in the Republic of Macedonia, Skopje, p. 7.

<sup>454</sup> AHMADOV, F. (2018). *The Right of Actio Popularis before International Courts and Tribunals*. Leiden: Martinus Nijhoff.

<sup>455</sup> ACEVES, W. (2003). “Actio Popularis. The Class Action in International Law”. En *University of Chicago Legal Forum*: Vol. 2003, Iss. 1, Article 9, pp. 353 ss.

<sup>456</sup> THIEL, M. (2013). “La *actio popularis* estatal en el derecho de la organización mundial del comercio: Estudio de las sentencias DS27 CE-Banano III (1996-2012) y DS306 India medida antidumping sobre las baterías procedentes de Bangladesh (2004-2006)”. En *Revista Internacional del Mundo Económico y del Derecho*, Volumen VI, pp. 13 ss.

lo tratan en el derecho de Indonesia “Renewal Model of *Actio Popularis* and *Class Action* Lawsuit in Indonesia Based on Prismatic Law”<sup>457</sup> y en el de India “*Actio Popularis. A Perspective Analysis on Public Interest Litigation of India*”.<sup>458</sup> En ambos casos explican esta institución desde su origen en el derecho romano.

En el derecho chileno, Domínguez Águila ha planteado que

Cuando se habla, por ejemplo, de la existencia de siempre mayores problemas ambientales, ¿no hay acaso en el nunca usado artículo 937, el fundamento para extender a ellos una acción posesoria especial? ¿Y por qué no pensar en el uso efectivo del artículo 948 que consagra la existencia de una acción popular en favor de caminos, plazas y otros lugares de uso público? ¿Y qué del artículo 2333 que tienen en ciernes las hoy tan comentadas “*class actions*” por daño contingente?<sup>459</sup>

De todas estas ideas sobre la *actio popularis* podemos ir extrayendo la fundamental para el desarrollo de este artículo. ¿Qué tiene en común un concepto que se puede relacionar con problemas civiles, de consumo, ambientales, penales e incluso, de terrorismo o delitos contra los derechos humanos? Este carácter multifacético de la *actio popularis* viene desde Roma, o, según Fernández de Buján, desde Atenas, hace 2500 años, respecto de permitir a cualquier ciudadano presentar una acusación penal,<sup>460</sup> en lo que actualmente llamamos delitos de acción penal pública. En el derecho español ha pervivido la concepción de que

---

<sup>457</sup> GADSIA, SPALTANI, B., SULISTYONO, A. y SENTOT SUDARWANTO, A. (2022). “Renewal Model of *Actio Popularis* and *Class Action* Lawsuit in Indonesia Based on Prismatic Law”. En *Baltic Journal of Law & Politics*, 15, 3, pp. 302-313.

<sup>458</sup> RABBONI, A. y CHANDRASEKARAN, P. (2011). “*Actio Popularis. A Perspective Analysis on Public Interest Litigation of India*”. En *The Indian Journal of Political Science*, April - June, 2011, Vol. 72, Nº 2, pp. 463-475.

<sup>459</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. (2005). “*Código Civil y Jurisprudencia: instituciones jurisprudenciales con base en la letra del Código*”. En MARTINIC GALETOVIC, D. y TAPIA RODRÍGUEZ, M. (eds.). *Sesquicentenario del código civil de Andrés Bello, pasado, presente y futuro de la codificación*. Tomo I. Santiago de Chile: Lexis Nexis, p. 334.

<sup>460</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*

la acción popular solo tiene aplicación en sede penal, tal como lo prescribe el artículo 125 de la Constitución española. En lo sucesivo trataré el aspecto civil de las acciones populares en el derecho de Chile, ya que se trata de un área que aún está poco tratada por la doctrina y que ha tenido una incipiente jurisprudencia en años recientes.

### III. Las acciones populares en el Código Civil de Chile

El artículo más completo sobre las acciones populares del Código Civil de Chile fue realizado por la profesora Verónica Delgado Schneider.<sup>461</sup> En su obra plantea que, además de las acciones populares y reglas tratadas en los artículos 948, 949, 2333 y 2334, existe la acción popular del artículo 459, inciso 3, que permite a cualquier persona del pueblo pedir se decrete la interdicción del demente “si la locura fuere furiosa, o si el loco causare notable incomodidad a los habitantes”. La del artículo 466, por su parte, establece que las personas con enfermedades mentales no pueden ser privadas de su libertad personal a menos que exista el riesgo de que puedan dañarse a sí mismas o causar molestias o peligros significativos a otros. No pueden ser trasladados a una institución psiquiátrica o inmovilizados físicamente a menos que haya una orden judicial obtenida a petición de su tutor legal o cualquier otra persona dentro de la comunidad. En tales casos, estas medidas solo pueden aplicarse temporalmente. La del artículo 513, en cuanto permite denunciar ante el juez la incapacidad del tutor o curador por cualquiera persona del pueblo. La del artículo 541, en cuanto dispone que el tutor o curador que ejerciendo varias tutelas o curadurías sea removido de una de ellas por fraude o culpa grave, será por el mismo hecho removido de las otras, a petición de cualquiera persona del pueblo. La del artículo 542, inciso 1, que permite que cualquier persona

---

<sup>461</sup> DELGADO SCHNEIDER, *op. cit.*, pp. 907 ss.

del pueblo provoque la remoción de un tutor o curador. Y la del artículo 75, que dispone que la ley protege la vida del que está por nacer.

El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.<sup>462</sup>

Para Fueyo, en el Código Civil de Chile, obra de Andrés Bello, están reguladas cuatro acciones populares: las de los artículos 948, 949, 2333 y 2334.<sup>463</sup> El artículo 948 establece que tanto la municipalidad como cualquier persona del pueblo tienen derechos sobre los caminos, plazas u otros lugares de uso público, con el propósito de asegurar la seguridad de quienes los utilizan. En caso de que una acción popular resulte en la necesidad de demoler o enmendar una construcción, o de compensar un daño sufrido, el actor será recompensado con una cantidad que será cubierta por el demandado, la cual no será inferior a una décima parte ni superior a una tercera parte de los costos de demolición, enmienda o compensación del daño. Si el delito o negligencia se castiga con una multa, el actor recibirá la mitad de ésta.

El artículo 949 establece que las acciones municipales o populares no afectarán a las acciones que puedan corresponder a las personas directamente afectadas. El artículo 2333 establece que, en general, se permite la acción popular en casos de daños contingentes que amenazan a personas no identificadas debido a la imprudencia o negligencia de alguien. Sin embargo, si el daño solo amenaza a personas específicas, solo algunas de estas podrán llevar a cabo la acción. La jurisprudencia ha entendido que “daño contingente es aquel que puede producirse o

---

<sup>462</sup> El artículo 75 del Código Civil de Chile ha sido constitucionalizado en la Constitución Política de la República actualmente en vigor, la que en su artículo 19, N 1°, asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; y debe ser concordado con el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, que dispone que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

<sup>463</sup> FUEYO, F. (1952). Repertorio del Código Civil. Tomo I, Valparaíso: Revista de Derecho Privado, p. 12.

no, pero exige como requisito que represente una amenaza cierta y probable, motivo por el cual debe tratarse de una contingencia inminente, clara y probada, es decir, una infracción al deber general de cuidado”.<sup>464</sup> El artículo 2334 establece que si las acciones populares tienen una base sólida, el actor será indemnizado por todas las costas de la acción y se le pagará por el tiempo y esfuerzo invertidos en la misma, además de cualquier remuneración específica que la ley pueda otorgar en casos particulares.

Los dos primeros artículos están ubicados en el Libro Segundo, “De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce”, Título XIV, “De algunas acciones posesorias especiales”, mientras que los dos últimos lo están en el Libro Cuarto, “De las obligaciones en general y de los contratos”, Título XXXV, “De los delitos y cuasidelitos”. Este tratamiento ha significado que esta institución tenga un tratamiento disperso y poco dedicado en las obras de los grandes referentes del derecho civil chileno.

En la enorme obra de Luis Claro Solar *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Volumen IV, Tomo Noveno, “De los Bienes”,<sup>465</sup> explica la que denomina acción municipal o popular, analizando lo dispuesto en los artículos 948 y 949. Sin embargo, cuando trata los actos ilícitos, en el tomo “De las Obligaciones”, no se refiere a las acciones populares de los artículos 2333 y 2334.

Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, en las obras comentadas y ampliadas por su discípulo Antonio Vodanovic Haklicka, tratan las acciones populares. En su *Tratado de los Derechos Reales* plantean como concepto de ellas que “son las acciones que se reconocen a cualquiera persona para la defensa de un interés público, y sobre todo a aquellas que, por el hecho que lo contraviene, también han sufrido o pueden sufrir un daño en su interés privado”, y, que en otra acepción, la acción popular “consiste en el derecho concedido

---

<sup>466</sup> ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A. (2001). *Tratado de los Derechos Reales*. Tomo II, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, pp. 393 ss.

al ciudadano de hacer valer en juicio intereses en lugar de los entes públicos, que de ellos serían titulares y que también podrían proveer directamente a su tutela”. En esa obra desarrollan y explican las acciones populares contenidas en los artículos 948 y 949. En su *Tratado de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones*, sostienen que, en materia de delitos y cuasidelitos civiles, además de las acciones populares de los artículos 2333 y 2334, existe la del inciso 2 del artículo 2328:<sup>467</sup> “Si hubiere alguna cosa que, de la parte superior de un edificio o de otro paraje elevado, amenace caída y daño, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa o que se sirviere de ella; y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción”.

En este sentido es importante aclarar que cuando se habla de acción se entiende por tal la definida por Couture como “el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión”,<sup>468</sup> o, en palabras de Bello, “la facultad de perseguir en juicio lo que se nos debe o es nuestro”.<sup>469</sup> Por lo tanto, la mera posibilidad de presentar una denuncia ante la autoridad administrativa, como en los casos del artículo 149 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones tratada por Alessandri y otros dentro del tema de la acción popular,<sup>470</sup> o del artículo 54 de la Ley N° 19.300 que sobre bases generales del medio ambiente, no son acciones populares toda vez que no permiten acudir directamente ante el órgano jurisdiccional.

Quien sí trata en forma sistémica las acciones populares es Peñailillo Arévalo, para quien la acción popular es aquella que “es conferida a toda persona para lograr cierto efecto jurídico, aun cuando no sea directa o exclusivamente afectada. El nombre proviene de la circuns-

---

<sup>467</sup> VODANOVIC, A. (2021). *Tratado de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones*. Tomo III, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, p. 976.

<sup>468</sup> COUTURE, E. (1997). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª edición. Buenos Aires: Depalma, p. 57.

<sup>469</sup> BELLO, A. (1878). *Instituciones de Derecho Romano*. 3ª edición. Santiago de Chile: Librería Central de Servat, p. 375.

<sup>470</sup> ALESSANDRI, SOMARRIVA, y VODANOVIC, *op. cit.*, p. 396.

tancia de ser concedida, desde los textos romanos, a cualquier persona del pueblo”<sup>471</sup> y agrega que, además de las acciones de los artículos 948, 949, 2333 y 2334, debe ser considerada la regla dispuesta por el artículo 937, el que considerada de notable preocupación ambiental:<sup>472</sup> “Ninguna prescripción se admitirá contra las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso”.

Para Barros Bourie,

el Código Civil chileno otorga una especie de acción popular imprescriptible en contra de obras “que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso” (artículo 937). A pesar de su actualidad, esta regla no fue objeto de gran preocupación por la doctrina y constituía una curiosidad dentro del sistema legal de la época.<sup>473</sup>

Aunque luego el autor matiza que las acciones populares del Código Civil deben tener una aplicación restrictiva, y que, en materia ambiental, han sido superadas por la dictación de la Ley N° 19.300, especial para esa materia, y por las normas constitucionales que establecen el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y por la que establece la acción constitucional denominada recurso de protección para velar por su respeto. También analiza las normas de los artículos 948, 949 y 2333, aunque tampoco trata sistemáticamente las acciones populares.

Para Diez Schwerter, el artículo 2334 incentiva<sup>474</sup> el ejercicio de la acción popular preventiva del artículo 2333, a pesar de lo cual la doctrina registra solo seis procesos en los que se ha ventilado, prosperando la ac-

---

<sup>471</sup> PEÑAILILLO, D. (2019). *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*. 2ª edición. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, p. 1539.

<sup>472</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 1541.

<sup>473</sup> BARROS, E. (2013). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, p. 791.

<sup>474</sup> DIEZ SCHWERTER, J. (2005). “Notas sobre la acción preventiva de daños del artículo 2333 del Código Civil: A propósito de un fallo reciente”. En *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 217-218, p. 318.

ción en dos de ellos.<sup>475</sup> Estas acciones populares están poco estudiadas en la doctrina y la jurisprudencia sobre ellas es escasa. Diez Schwerter señala al respecto que “en lo que respecta a la jurisprudencia solo tenemos conocimiento de seis sentencias en que se ha debatido la aplicación de la norma, de las cuales dos han conducido a condenas”.<sup>476</sup> En la edición del *Código Civil de Chile, sistematizado con jurisprudencia*,<sup>477</sup> realizada por De la Maza Gazmuri, no se encuentra jurisprudencia alguna respecto de estos artículos. Sin embargo, su estudio es interesante pues podrían significar un elemento para favorecer la protección de los derechos de las personas.

La jurisprudencia chilena ha variado desde posiciones más conservadores hacia una visión más expansiva de los derechos, por lo que en el desarrollo de las acciones populares se puede encontrar una herramienta útil para la tutela judicial de los intereses individuales, colectivos y difusos. La doctrina chilena que ha estudiado el tema ha señalado que “el artículo 2333 enuncia una regla general que permite incluir en su regulación todos los casos en que existe una situación de peligro que pueda amenazar la producción de un daño resarcible”.<sup>478</sup>

Diez Schwerter<sup>479</sup> comenta tres casos recientes en los que fue ejercida la acción preventiva del artículo 2333, aunque en dos de ellos no se trató de una acción popular toda vez que los demandantes actuaron frente a un daño contingente que los amenazaba única y exclusivamente a ellos. El tercer caso que comenta es el de la “Ilustre Municipalidad

---

<sup>475</sup> *Ibidem* (2016). “La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días”. En *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 30, enero-junio de 2016, p. 264. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n30.09>.

<sup>476</sup> *Ibidem*, op. cit. p. 264.

<sup>477</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I. *Código Civil, Tomos I y II, sistematizado con jurisprudencia*, Santiago de Chile: Hammurabi, 2015, p. 1870.

<sup>478</sup> RODRÍGUEZ GREZ, P. (1999). *Responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, p. 35.

<sup>479</sup> DIEZ SCHWERTER, J. (2019). “La acción por daño contingente del artículo 2333 del Código Civil en movimiento: Tres casos de la jurisprudencia reciente”. En *Estudios de Derecho Privado en Homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, p. 723 ss.

de Quintero con ENAP Refinerías S.A.”, en el que la municipalidad actuó frente a un daño ambiental que amenazaba a toda la comunidad. Sin embargo, tanto los tribunales de instancia cuanto la Corte Suprema, que conoció vía casación, rechazaron la pretensión, razonando ésta última que el daño que motivaba la acción ya no era contingente, sino que estaba efectivamente producido, por lo que su reparación debía buscarse en las normas especiales de la ley de bases de medio ambiente, siendo competentes los tribunales ambientales y no un juzgado de letras en lo civil.

#### IV. Conclusiones

La rica tradición romana que ha desarrollado el concepto de *actio popularis* y que, en el caso de Chile, ha llegado hasta nuestros días en el Código Civil de Andrés Bello permite sostener que, frente a conflictos de relevancia jurídica que exceden los intereses individuales, el derecho romano encontró respuestas un milenio antes que el derecho medieval inglés. Por ello, la dificultad lexicológica sobre como traducir las *class actions* al idioma español debiese empezar a tender hacia el uso del concepto de acción popular, presente en nuestra tradición jurídica desde Roma.

El tratamiento que Andrés Bello le dio a las acciones populares en el Código Civil está en sintonía con el de la época republicana de Roma, y eso es un valor que debe ser realizado toda vez que en Chile el Estado está al servicio de la persona humana y se distinguen claramente los bienes del *populus* de aquellos que son de propiedad estatal. La protección de bienes y derechos de dimensión supraindividual encuentra herramientas en el derecho civil y, debido a su carácter supletorio y general, puede tener cabida en conflictos jurídicos que estén regulados por leyes especiales.

La crítica que hace más de dos mil años describía Plauto, sobre los abogados que lucraban ejerciendo una *actio popularis*, tiene vigencia y es uno de los elementos insalvables de la litigación masiva. El Código Civil de Andrés Bello recogió los incentivos económicos para presentar este tipo de acciones, y, por lo tanto, es inevitable que quien trabaje y tenga éxito reciba una remuneración por su trabajo.

Finalmente, la disputa entre las posiciones doctrinarias que promueven o restringen la aplicación de las acciones populares tampoco tiene solución toda vez que los intereses que están presentes en una y otra son muy contrapuestos. Serán los tribunales, como siempre, los que tendrán que resolver la ley aplicable al caso concreto sometido a su conocimiento.

# El principio de autonomía de la voluntad y la institución de la legítima

---

Por Susana Isabel Estrada<sup>480</sup>

## Resumen

Este trabajo consiste en el análisis de algunos aspectos del derecho de legítima en el derecho romano y en el derecho civil argentino, con el objetivo de comparar ambos ordenamientos y verificar si hubo proyección de las fuentes romanas en el derecho argentino. Haremos un recorrido histórico, que no pretende ser exhaustivo, partiendo de la regulación en la Ley de las XII Tablas, continuando con el tratamiento desde fines de la República hasta llegar a la reglamentación en el *Corpus Iuris Civilis*, en especial las Novelas.

El *corpus* de estudio para la evolución en el derecho argentino comien-

---

<sup>480</sup> Prof. Titular en la Universidad Católica de Santiago del Estero. Prof. Adjunta a/c cátedra en la Universidad Nacional de Tucumán. Prof. de posgrado Carrera especialización aprobada por CONEAU en la Facultad Medicina Universidad Nacional de Tucumán. Directora de proyecto de investigación PIUNT26-H/609. Vicepresidenta de ADRA. Miembro activo de AIDROM. Miembro invitado de ASSLA.

za con el Código Civil de Vélez Sarsfield, luego la reforma de la Ley 177711, el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1998, para culminar con el tratamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde 2015 y sus fundamentos en el tema en cuestión, particularmente el aspecto de la modificación del *quantum* de la legítima.

Finalmente arribamos a la conclusión de que pese al desdén por el derecho romano, declamado en los fundamentos del Código vigente y a los esfuerzos denodados de los redactores por tomar distancia de aquel mutilando sus notas, el sistema sucesorio en su totalidad y en especial en la institución de la legítima alberga ascendencia romanista, la que sigue constituyendo el innegable fundamento de nuestro ordenamiento jurídico.

**Palabras clave:** sucesión; autonomía, legítima

## I. Introducción

La manera de concebir la estructura familiar en su evolución histórica y los institutos jurídicos conexos ha estado influenciada por las concepciones filosóficas, los avatares económicos, la composición social y las imposiciones religiosas. Por lo tanto, el fundamento de la libertad testamentaria o del sistema de herencia forzosa y su correspondiente regulación legislativa ha variado desde la Antigüedad romana hasta el presente.

En el derecho romano, los cánones fundamentales en la interpretación del significado de la manifestación de la voluntad se basaban en la oposición *verba* (las palabras) *voluntas* (la voluntad interna, lo queri-

---

<sup>509</sup> FOUCAULT, M. (1984). *La verdad y las formas jurídicas*. México: Gedisa.

do), y esto también ha estado presente en materia de derecho sucesorio.

En la sucesión testamentaria, el legislador ha procurado regular, sin pecar de minucioso, aquellos supuestos en resguardo de la manifestación de la voluntad de las personas para después de su fallecimiento, a quien ya no se podrá consultar sobre la interpretación de sus manifestaciones. Asimismo, limitó la voluntad del testador con el controversial resguardo de la porción legítima de los herederos forzosos, entre los autores que entendieron que era preferible un sistema de amplia libertad y defendieron la autonomía de la voluntad y los que sostenían que el sistema de herencia forzosa se ajustaba a criterios de justicia y equidad.

En cuanto a la sucesión legítima, el legislador asumía la delicada tarea de realizar una interpretación presunta de la voluntad de quien no la había manifestado en vida.

En el presente trabajo haremos un recorrido histórico, que no pretende ser exhaustivo, de la regulación de los actos de última voluntad en su génesis en las fuentes romanas, para tratar luego la proyección al derecho civil argentino, comenzando por el código de Vélez Sarsfield, luego la reforma de la Ley 177711, el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1998 y el Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde 2015.

## II. La evolución en las fuentes romanas. La sucesión necesaria sustancial: la legítima

La llamada legítima (*legítima portio*) data de una época bastante avanzada, pues hasta entrado el Imperio los romanos tuvieron la libertad más absoluta para disponer de sus bienes como les pareciese sin estar obligados a dejar nada a ninguna persona por allegada que fuera, y si querían dejarles parte alguna de sus bienes debían instituirlos en un testamento válido. Llegó una época en que la sociedad romana vio con desagrado el proceder del *pater familias* que a las personas ligadas a él por lazos íntimos no les dejaba parte alguna del patrimonio. Es así que

nació la limitación a la libertad de testar, llamada sucesión necesaria sustancial, que fue el antecedente romano de las legítimas.

Equívocamente con frecuencia se presenta la sucesión contra testamento como derogatoria del principio consagrado en las XII Tablas, cuando en realidad en ninguna época se ha atentado contra la voluntad ilimitada de testar. Así lo encontramos en las *Reglas* de Ulpiano y en las *Institutas* de Gayo.

16. Si un hijo que es de la clase de los herederos suyos no es ni instituido heredero ni desheredado nominativamente, el testamento es inválido (Ulpiano XXII, 16).<sup>481</sup>

En el mismo sentido se pronunciaron las *Institutas* de Gayo en el pasaje que dice:

*123. Item, qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat uel nominatim exheredet: alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiamsi uiuo patre filius defurictus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio. Sed diversae scholae auctores siquidem filius mortis patris tempore uiuat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus, et il lum ab intestato heredem fieri confitentur: si uero ante modum patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, pullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant, non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito (Gayo II, 123).*<sup>482</sup>

123. Aquel que tiene un hijo bajo su potestad, debe instituirlo heredero o desheredarlo nominalmente; porque si lo pasase en silencio, sería el testamento tan inútil, que, según la opinión de nuestros maestros, nadie podría por él llegar a

---

<sup>481</sup> PONS DE LA VEGA DE MIGUENS, N. (1970). *Reglas de Ulpiano, traducción, concordancia con otros textos clásicos y nota preliminar*. Buenos Aires: Lerner, p. 118.

<sup>482</sup> GAYO (1845). *Instituta*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfica y Literaria, p. 116.

ser heredero, aunque el hijo muriese en vida del padre, pues la institución sería nula desde su origen. Sin embargo, los autores de la escuela contraria, si bien reconocen que si el hijo sobrevive al padre lo hereda *ab intestato* e impide que adquieran la sucesión los herederos inscriptos, sostienen que si la muerte del hijo acontece antes que la del padre, pueden adir la herencia los herederos testamentarios sin ningún impedimento, en razón a que, según ellos, la preterición del hijo no invalida el testamento desde su origen.

No obstante que el testador estaba amparado por las normas, desde fines de la República se comenzó a considerar contrario a los deberes morales que desamparara en el testamento a los ligados a él por lazos íntimos. Tal limitación no fue establecida por ley sino a través del órgano judicial.

El procedimiento para reclamar la nulidad de semejante testamento se llevaba a cabo ante el tribunal de los *centumviri*, encargados de decidir en su fase *in iudicio* las cuestiones sobre herencia y propiedad entabladas *in iure* ante el pretor por el procedimiento de las *legis actiones*. Tal pronunciamiento se fundaba en una doctrina —que se dice surgida por ejemplo del derecho griego— que consideraba que el testador que no había dejado una parte de patrimonio hereditario a los parientes próximos, no estaba en su sano juicio y el jurado de los *centumviri* accedía a la petición de herencia de los herederos *ab intestato*, declarando el testamento nulo *color insaniae*, es decir, como si el testador padeciera de una supuesta enfermedad mental.

Marciano aclara en el siguiente pasaje del Digesto el verdadero sentido en que era tomado este fundamento.

*Marcianus libro IV, Institutionum. Hoc colore inofficioso testameto agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demenste status sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis; man si verefuriosus esset vel demens, nullum est testamentum (Dig. 5, 2, 2).*<sup>483</sup>

---

<sup>483</sup> GARCÍA DEL CORRAL, I. (1892). *Cuerpo del Derecho Civil Romano, hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrugger*. Tomo I. Barcelona, Jaime Molina, p. 430.

Marciano, Instituta, Libro IV. Se deduce la querrela de testamento inoficioso bajo este supuesto, como que no estuvieron en su sano juicio al disponer el testamento. Y se dice esto, no como si verdaderamente un furioso o un demente hayan testado, sino porque en realidad hizo uno legalmente testamento, pero no conforme a los deberes de piedad; porque si verdaderamente estuviese furioso o demente, es nulo el testamento.

El primero de ellos fue el referido al hijo póstumo y luego por analogía se resolvió el caso del hijo único cautivo, vuelto a Roma después de la guerra.

Los jueces romanos, ante la impugnación de los testamentos por preterición, injustificada desheredación o insuficiente institución de los *heredes sui*, fueron diseñando a través de sus sentencias la *portio legitima* para poner a los hijos al abrigo de la injuria en que incurrían los padres con tales exclusiones. Para lograr ese propósito, tal reclamo se formuló mediante la *querrela inofficiosi testamenti*.<sup>484</sup>

*Quia plerunque parentes sine causa liberos suos vel exheredant vel omittunt, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut inique se exheredatos, aut inique preteritos, hoc colore, quasi non sanae mentis fuerint,*

---

<sup>484</sup> “Encontramos la palabra *testamentum inofficiosum* ya en Cicerón in *Verrem* II,1,42 [...] pero es cierto que en este pasaje no tiene ningún significado jurídico técnico y por tal razón este pasaje más bien nos autoriza a suponer que en aquella época el testamento inoficioso no daba todavía lugar a ninguna queja. En las anécdotas referidas por Valerio Máximo VII, 7, 3, 4, 5 se trata no de una *querrela inofficiosi*, sino de actos de autoridad ejecutados en virtud del *imperium* por Augusto y por el pretor Calpurnius Piso. El testamento de la mujer de Agripa, confidente de Augusto, [...] podría pertenecer a nuestro orden de ideas sin que podamos asegurarlo. Según la relación del mismo Valerio se pudiera creer que hubo una *querrela inofficiosi* en los tiempos de Pompeyo; pero la relación no es bastante explícita para admitir la cosa como exacta, tanto más cuanto que el testamento de Tuditanus referido por El Mismo, nos muestra que en la misma época, los centurviros no estaban todavía muy dispuestos para anular un testamento hecho por un individuo de una insanidad notoria. En tiempos de Plinio el Joven y de Quintiliano, la inoficiosidad había entrado plenamente en el dominio del derecho civil”. Conf. MAINZ, C. (1892). *Derecho Romano*. Traducción por A. J. Pou y Ordinas. Tomo II. Barcelona: Jaime Molina, p. 405.

*quum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis; nam si vere furiosus sit, nullum es testamentum (Inst. 2, 18, pr).*<sup>485</sup>

Como las más de las veces los ascendientes o desheredan u omiten sin causa a sus hijos, se ha introducido que puedan ejercitar la acción de inoficioso testamento los hijos que se querellan de que injustamente han sido o desheredados o preteridos, so color de que, cuando hicieron el testamento, como que no se habían hallado en su sano juicio. Mas dicese con esto, no que verdaderamente estuviese loco, sino que a la verdad, había hecho testamento legalmente, pero no conforme a los deberes de piedad; porque si realmente estuviera loco, el testamento es nulo.

Podían entablar la *querella* los próximos parientes como herederos civiles y solo los domiciliados en Roma, quedando excluidos los amparados por el derecho pretorio, porque previamente debían pedir la posesión de los bienes, y los domiciliados en las provincias, por carecer el colegio centunviral, de jurisdicción.

*Ulpianus libro XIV. ad Edictum. Sciendum est, frequentes esse inofficiosi querelas; omnibus enim tam parentibus, quam liberis de inofficioso licet disputare. [...]* (Dig. 5, 2, 1).<sup>486</sup>

Ulpiano; Comentarios al Edicto, Libro XIV. Ha de saberse, que son frecuentes las querellas de testamento inoficioso; porque a todos, así a los padres, como a los hijos es lícito pleitear sobre un testamento inoficioso [...].

Más tarde acabó por extenderse a unos y otros —por una *Lex Glitiam* comentada por Gayo— cuando eran excluidos sin motivo de la sucesión o cuando eran llamados a ella por una porción menor de la que les hubiera correspondido si el testador hubiera muerto sin testamento.

<sup>485</sup> GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, p. 63.

<sup>486</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, p. 430.

*Gaius libro singulari ad legem Glitiam. Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt; quod plerumque faciunt maligne circa sanguine suum inferentes iudicium, novercalibus delinimentis instigationibus ve corrupti (Dig. 5, 2, 4).<sup>487</sup>*

Gayo; comentarios a la Ley Glicia, libro único. Porque no se ha de tener tolerancia con los padres, que en su testamento expresan alguna injuria contra sus hijos; lo que la más de las veces lo hacen formulando malévolamente su juicio contra su sangre, seducidos por los halagos o instigaciones de las madrastras.

Como en los orígenes no existió una regla general que determinara el monto de la cuota legítima que correspondía al legitimario y de la que el testador estaba impedido de disponer, el tribunal centunviral, inspirado en lo que dispuso la *Lex Falcidia*<sup>488</sup> para los legados, adoptó el criterio de que la cuantía de la *portio legitima* era la cuarta parte del haber hereditario que le correspondería al heredero, tanto si sucediese testamentariamente como si lo hiciera *ab intestato*. Ésta a la vez que reconocía al ciudadano romano la libertad de testar y de legar, le imponía la obligación de guardar una cuarta parte de la herencia para el o los legitimarios llamada en las fuentes, *quarta Falcidia*.

*Idem A. Ingenuo. Quum quaeritur, an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartem bonorum partes portis tempore testator reliquit, inspicitur (Cod. 3, 28, 6).<sup>489</sup>*

El mismo Augusto a Ingenuo. Cuando se investiga si los hijos pueden acusar de inoficioso el testamento de su padre, se examina si el testador les ha dejado al tiempo de su muerte la cuarta parte de sus bienes.

---

<sup>487</sup> *Ibidem*.

<sup>488</sup> La *Lex Falcidia* si bien reconocía al ciudadano romano la libertad de testar y de legar, le imponía una restricción consistente en que, cualesquiera fuesen los legados, debía reservar al heredero una cuarta parte libre de la herencia o de su porción hereditaria (*quarta Falcidia*).

<sup>489</sup> GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, p. 350.

Esta ley establecía una serie de excepciones: a) para el que tenía derecho a testar militarmente; b) para cuando el testador lo prohibía expresamente al heredero; c) cuando el heredero dejaba de hacer inventario, si había intentado hacer ineficaces los legados y perdía el derecho sobre las cosas que había sustraído; d) cuando el heredero pagaba un solo legado sin uso de su derecho se presumía que renunciaba a él para todos los legados; e) cuando los legados eran hechos a favor de institutos de beneficencia o a un legitimario para completar la legítima o a los que tenían por objeto cosas compradas por el marido para uso de su mujer; y f) cuando se trataba de los fideicomisos de familia.

El efecto de la *querella* no siempre era producir la nulidad total del testamento. Cuando eran varios los instituidos herederos, podía suceder que solo alguno o algunos de los legitimarios no hubiera recibido su *portio legitima* y entonces se declaraba una nulidad parcial del testamento y tal legitimario percibía lo que le correspondía como sucesor *ab intestato*. Tal efecto de la *querella* se vio como injusto cuando la reducción de la *portio* no fue una actitud deliberada del testador, sino simplemente un error de cálculo al evaluar su patrimonio. Para tales casos, Justiniano creó una acción especial de complemento de legítima, la *actio ad supplemendam legitimam* para que el legitimario lograra integrar lo que le faltaba de su cuota. Más tarde dispuso que la *querella* fuera procedente únicamente cuando no se hubiera dejado parte alguna al legitimario.

*Idem A. Mennae P.P. Quae nuper ad testamenta conservanda nec facile retractanda sanximus, ut ratione Falcidiae, minime illis personis derelictae, quae ad inofficiosi testamenti querelam ex prioribus vocabantur legibus, non periclitentur testamenta, sed quod dees legitimae portionis, id est quarte parti ab instatato successionis, [...] (Cod.3, 28, 31).<sup>490</sup>*

*Idem A. Mennae P.P. Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut, si quis minus legitima portione bisderelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso*

---

<sup>490</sup> *Ibidem*, op. cit. T. IV, p. 357.

*testamento actionem movere poterant hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum recindatur, hoc in praesenti addendum esse censemus, ut, si conditionibus quibusdam vel modum, vel aliud gravamen introducente, eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio veldilatio vel alia dispositio, moram vel quodcunque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.*

*Dat. Prid. Kal. (119 April. Constantinop. (12) Decio V.C. Cons. [529]. (Cod. 3, 28, 32).*

El mismo Augusto a Menna, Prefecto del Pretorio. Mandamos, que sean igualmente aplicables a los testamentos no escritos que se hagan, las disposiciones que recientemente hemos dado para la conservación y difícil anulación de los testamentos, a fin de que por razón de la Falcidia, que no se haya dejado a aquellas personas que por las antiguas leyes eran llamadas a la querrela de testamento inoficioso, no peligren los testamentos, sino que únicamente se complete lo que falta para la porción legítima, esto es, para la cuarta parte de la sucesión *ab intestato*, [...].

El mismo Augusto a Menna, Prefecto del Pretorio. Habiendo dispuesto en leyes anteriores, que, si se hubiera dejado menos de la porción legítima a quienes por las antiguas leyes podían promover la acción de inoficioso testamento, se les completase, a fin de que no se rescinda el testamento con ocasión de la menor cantidad dejada, al presente hemos creído deber añadir, que, si por algunas condiciones o plazos u otra disposición, que produjese demora, modo, u otro gravamen, se considerasen que estaban menoscabados los derechos de los llamados a la referida acción, se supriman dicha condición, plazo, o disposición, que causa la demora o cualquier gravamen, y el asunto marche como si nada de esto se hubiese añadido en el testamento.

Dada en Constantinopla a 1 de las Calendas de Abril, bajo el consulado de Decio, varón esclarecido. [529.].

Como la cuota del heredero legitimario se calculaba sobre la base del activo del patrimonio al tiempo de la muerte del causante, éste podía

burlar la ley haciendo donaciones o constituyendo dotes en vida. Para evitar este perjuicio al heredero se creó en tiempos de Alejandro Severo, mediante las constituciones imperiales, la *querela inofficiosae donationis* y la *querela inofficiosae dotis* con la finalidad de reducir las enajenaciones a título gratuito que hubieran afectado la *portio legitima*.

[...] *Authent, de inmensis donation, §1 (Nov. 92, c. 1) Unde et si parens in quondam liberorum vel in quosdam donationem inmensam fecerit, quisque tantum feret ex hereditate nomine Falcidiae, quantum poterat ante donationem deberi. Licet autemei, qui largitatem meruit, abstinere ab hereditate, dummodo suppleat ex donatione, si opus sit, ceterorum portionem (Cod. 3, 28, 6).*<sup>491</sup>

[...] Auténtica de inmensis donation, §1 (Nov. 92, c.1). Por donde también si un ascendiente hubiere hecho a uno o varios de sus hijos una donación excesiva, cada cual percibirá de la herencia a título de Falcidia una porción igual a la que podía debersele antes de la donación. Es lícito, sin embargo, al que mereció la donación abstenerse de la herencia, siempre que, si fuese necesario, supla con bienes de la donación la parte de los demás.

Con la misma finalidad de proteger la *portio legitima*, las leyes habilitaron los medios procesales para solicitar la declaración de inoficiosidad de las dotes.

*Imp. Constantius A. ad Maximun, Praesidem Ciliciae. Uumomnia bona a matre tua in dotem dicantur exhausta, concordare legibus promptum est, ua ad exemplum, inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur, et filiis conquerentibus emoluenta debita deferantur. (Cod. 3, 31, 1).*<sup>492</sup>

El Emperador Constancio, Augusto, a Máximo, Presidente de Cilicia. Puesto que se dice, que todos los bienes han sido empleados por tu madre en una dote, fácil es hallar en las leyes medio para que se conceda la facultad de ejercitar una acción contra la dote excesiva a semejanza de la de testamento inoficioso, y se den a los hijos que se querellen los debidos emolumentos.

<sup>491</sup> *Ibidem, op. cit.*, T. IV, p. 350.

<sup>492</sup> *Ibidem, op. cit.*, T. IV, p. 365.

Justiniano mediante una constitución del año 537 modificó la porción fijada según la *lex Falcidia*, disponiendo que la *portio legitima* fuese de un tercio si los herederos forzosos no pasaban de cuatro y de la mitad si el número de los mismos fuera mayor.

*[...] si quidem unius est filii pater aut mater, aut duorum, vel trium, vel quatuor, non truncium eis relinqui solum, sed etiam tertiam propriae substantiae partem, hoc est uncias quatuor [...]. Si vero ultra quatuor habuerit filios mediam eis totius substantiae partem [...]* (Nov. 18, c. 1).<sup>493</sup>

[...] si verdaderamente el padre o la madre lo es de un solo hijo, o de dos, o de tres, o de cuatro, no se les dejan a estos solamente tres onzas, sino también la tercera parte de los propios bienes, esto es cuatro onzas [...]. Pero si uno tuviere más de cuatro hijos, déjeles la mitad de todos los bienes, [...].

Data también del año 537 la mejora en la posición del cónyuge, que anteriormente se hallaba relegado al último lugar. Es la *quarta uxoria* que originariamente no se configuró como un derecho hereditario sino que constituyó una cuota de asistencia que era concedida al cónyuge pobre (el marido o la mujer) en caso que el difunto hubiese sido adinerado y no se hubiera constituido dote o donación prenupcial.

§ 2. [...] *si coniunctorum alter dotem aut ante nuptialem donationem non faciens, inops aut vir aut mulier inveriatur, et moriens quidem aut vir aut mulier locuples sit, ille vero vel illa superstes pauper exsistat [...]* (Nov. LIII, Const. LIII, c.6, § 2).<sup>494</sup>

§ 2.- [...] si no constituyendo uno de los cónyuges dote o donación antenupcial se hallara que es pobre el marido o la mujer, y que ciertamente el marido o la mujer que fallece es rico y que es pobre él o la que sobrevive [...].

Posteriormente el beneficio otorgado a ambos cónyuges por la Novela 53 fue restringido exclusivamente a la mujer, prohibiendo al marido la

<sup>493</sup> *Ibidem*, op. cit., T. VI, p. 95.

<sup>494</sup> *Ibidem*, T. VI, p. 226.

Novela 117 recibir la cuarta parte de los bienes dejados por la esposa.

Se concedía a la viuda pobre e indotada una porción de los bienes de su marido fallecido que variaba según que no hubiera hijos en común o que si los había, su número variara, correspondiéndole la propiedad en el primer caso y solo el usufructo en el segundo.

*CONST. CXIII (3)*<sup>495</sup>

*[...] si quidem usque ad tres habuerit filios eius vir sive ex ea, sive ex alio matrimonio, quartam partem ex substantia viri accipere. Si autem amplius fuerint filii, tantum in utroque similiter casu accipere iubemus mulierem, quantum uni competit filiorum, ita quippe, ut usum solum in talibus rebus mulier habeat, [...]. Si vero talis mulier filios ex eo non habuerit, iubemus, etiam dominium iure habere eas res, quas ex viri facultate ad eam venire per praesentem iussimus legem [...]* (Nov. CXVII, Const. CXIII, c. 5).<sup>496</sup>

[...] si verdaderamente su marido tuviera hasta tres hijos o de ella, o de otro matrimonio, recibiera la cuarta parte de los bienes del marido. Pero si fueran más los hijos [...] reciba la mujer tanto cuanto le compete a uno solo de los hijos, de suerte ciertamente que en tales bienes tenga la mujer solo el usufructo, [...]. Pero si tal mujer no hubiera tenido hijos de él, mandamos que ella tenga también con derecho de dominio las cosas, que de los bienes del marido hemos dispuesto por medio de la presente ley que vayan a poder de ella [...].

Finalmente, en el año 529 Justiniano consagró una reforma radical en el sistema de la inoficiosidad en la Novela 115, que consistió en el derecho a una porción legítima de la herencia a los descendientes, ascendientes y hermanos germanos o consanguíneos del testador tornandole nulo el testamento que no las respetara, pero quedaban firmes los legados y otras disposiciones.

También incluyó el derecho del testador de excluir a los herederos forzosos por hechos de ingratitud de una gravedad suficiente que debe ser

<sup>495</sup> El texto griego (Novela CXVII) se halla en Hal. y Scrimg [...]. La versión latina es glosada

<sup>496</sup> *Ibidem*, T. VI, p. 396.

probada y que la misma Novela estableció en número de catorce las causales para los hijos y en nueve para los ascendientes y la abolición implícita de la sucesión contra testamento.

*Cap. III*

*§1. Si quis parentibus suis manus intulerit.*

*§2. Si gravem et inhonestam iniuriam eis ingesserit.*

*§3. Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem sive rempubliam.*

*§4. Si cum maleficis ut maleficus versatur.*

*§5. Vel vitae parentum suorum per venenum au talio modo insidiari tentaverit.*

*§6. Si novercae suae auto concubinae patris filluis sese miscuerit.*

*§7. Si delator contra parentes filius exstiterit, et per suam delationem graavia eos dispendia fecerit sustinere.*

*§8. Si quemlibet de praedictis parentibus inclusum esse contigerit, [...]. Noluerit fideiussione suscipere vel pro persona [...].*

*§9. Si convictus fuerit aliquis liberorum ex eo, qui prohibuit parentes suos condere testamentum [...].*

*§10. Si praeter voluntatem parentum inter arenarios vel mimos [...].*

*§11. Si alicui ex praedictis parentibus, volenti suae filiae vel nepti maritum dare, et dotem [...] illa non consenserit, sed luxuriasam degere vitam elegerit. [...].*

*§12. Si quis de praedictis parentibus furiosus fuerit, [...] obsequium ei et curam competentem non praebierint, [...].*

*§13. Si unum de praedictis parentibus in captivitate detineri contigerit, et eius liberi, et eius liberi, sive omnes sive unus, non festinaverint eum redimere [...].*

*§14. Si quis de praedictis parentibus orthodoxus constitutus senserit suum filium vel liberos non esse catholicae fidei [...] (Nov. Const. CXII c.3).<sup>497</sup>*

*§1. Si alguno hubiere puesto las manos en sus ascendientes.*

*§2. Si les hubiere inferido injuria grave y deshonrosa.*

*§3. Si los hubiere acusado en causas criminales, que no son contra el príncipe o contra la república.*

<sup>497</sup> *Ibidem*, op. cit., T. VI, p. 385 ss.

- §4. *Si como malhechor viviere con malhechores.*
- §5. *O si hubiere intentado atentar a la vida de sus ascendientes con veneno o de otro modo.*
- §6. *Si el hijo hubiere tenido comercio ilícito con su madrastra o con la concubina de su padre.*
- §7. *Si el hijo hubiere sido delator contra sus ascendientes y con su delación hubiere hecho que ellos soportaran graves quebrantos.*
- §8. *Si aconteciere que alguno de los susodichos ascendientes estaba preso, [...] no hubiere querido ampararlo con su fianza o respecto a su persona [...].*
- §9. *Si alguno de los descendientes hubiera sido convicto de haberles prohibido a sus ascendientes hacer testamento [...].*
- §10. *Si contra la voluntad de sus ascendientes el hijo se hubiere asociado con atletas o mímicos [...].*
- §11. *Si a alguno de los susodichos ascendientes que quisiere darle dote a su hija o a su nieta y dar para ella dote [...] ella no le hubiere dado su consentimiento, sino que hubiere preferido llevar una vida lujuriosa [...].*
- §12. *Si a alguno de los susodichos ascendientes fuere furioso, no le hubieren prestado el auxilio y el cuidado que corresponde [...].*
- §13. *Si aconteciere que uno de los susodichos ascendientes está retenido en cautiverio, y sus descendientes o todos o uno, no se hubiere apresurado a rescatarlos [...].*
- §14. *Si alguno de los susodichos ascendientes siendo ortodoxo viere que su hijo o sus descendientes no son de la fe católica [...].*

En la Novela CXII, cap. IV, se contemplan las nueve causales para la exclusión de la herencia de los ascendientes.

#### Cap. IV

*Iustum autem perspeximus et e contrario de liberorum testametis haec aedem cum aliqua distinctione disponere. Sancimus itaque, non licere liberis parentes suos praeterire, aut quolibet modo rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas enumeravimus, in suis testamentis specialiter nominaverint. Has autem esse decernimus: [...].*<sup>498</sup>

<sup>498</sup> *Ibidem*, op. cit., T. VI, p. 389.

Más nos ha parecido justo disponer también por el contrario respecto a los testamentos de los hijos esto mismo con alguna distinción. Así, pues, mandamos que no les sea lícito a los descendientes preterir a sus ascendientes, o de algún modo hacerlos completamente extraños a los bienes, sobre los que tienen facultad de testar, a no ser que hubieren designado especialmente en sus testamentos las causas que enumeraremos. Y decretamos que estas sean: [...].

§1. *Si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint, [...].*

§2. *Si venenis, aut maleficiis, aut alio modo parentes filiorum vitae insidiati probabuntur.*

§3. *Si pater nurui suae aut concubinae filii sui sese miscuerit.*

§4. *Si parentes filios suos testamentum condere prohibuerint in rebus, in quibus habent testandi licentiam; [...].*

§5. *Si contigerit aut virum uxori suae ad interitum aut alienationem mentis dare venenum, aut uxorem marito, vel alio modo alterum vitae alterius insidiari, [...].*

§6. *Si liberis vel uno ex his in furore constituto, parentes eos curare neglexerint, [...].*

§7. [...] *cladem captivitatis adiungimus, in qua si liberos detineri, et per parentum contemptum vel negligentiam non redemptos ab hac luce transire contigerit, [...].*

§8. *Si quis de praedictis liberis orthodoxus constitutus senserit suum parentem vel parentes non esse catholicae fidei, haec et in eorum persona tenere, quae supra de parentibus iussimus.*

§9. *Si tales igitur causas, vel certa, vel unam ex his liberi suis testamentis inscripserint, et scripti ab eis heredes aut omnes, aut certas, aut unam ex his probaverint, testamentum in sua firmitate manere praecipimus. [...] (Nov. Const. CXII, c. 4).*

§1. Si los ascendientes hubieran entregado a sus descendientes para que pierdan la vida [...].

§2. Si se probare que los padres atentaron a la vida de sus hijos con venenos, o maleficio, o de otro modo.

§3. Si el padre hubiere tenido ilícito comercio con su nuera o con la concubina de su hijo.

§4. Si los padres les hubieren prohibido a sus hijos hacer testamento de bienes sobre los que tienen facultad de testar; [...].

§5. Si hubiere acontecido o que el marido le dio a su mujer un veneno para su muerte o para la enajenación de su juicio, o la mujer al marido o de otro modo el uno atenta a la vida del otro, [...].

§6. Si hallándose presa de furor los hijos o uno de ellos, los padres dejaren de cuidarlos [...].

§7. [...] la degradación de cautiverio y si aconteciere que en él están retenidos los hijos y que no redimidos por menosprecio o negligencia de los padres fallecen [...].

§8. Si algunos de los susodichos descendientes, que sea ortodoxo hubiere observado que su ascendiente o sus ascendientes no son de la fe católica, rija también en cuanto a la persona de ellos lo que más arriba hemos dispuesto respecto a los padres.

§9. Si, pues, los hijos hubieren consignado en sus testamentos tales causas, o algunas, o una sola de ellas, y los herederos instituidos por ellos las hubieren probado todas, o algunas, o una sola de ellas, mandamos que tal testamento subsista en su vigor [...].

Por lo demás, encontramos en las Basílicas la prueba cierta de la abolición de la sucesión contra testamento. Al decir de Mainz, su autoridad es cuestionable cuando nos dan la interpretación de un texto legal, pero no se la puede poner en duda cuando se trata simplemente de la relación de un hecho contemporáneo. Es cierto que los dos títulos que tratan, *De liberis et postumis instituendis et exheredandis* y *De bonorum possessione contra tabulas*, se han mantenido en ellas. Pero el primero de estos títulos acabó por un análisis de la Novela 115, que se encuentra no en el título de la *querela testamenti*, sino en un título que trata de la sucesión contra el testamento. Respecto al segundo título, un escolio dice que el título ya no está en vigor, habiendo sido abolido por la Novela 115.<sup>499</sup>

Recién el derecho justiniano puso fin a la libertad para disponer por testamento, al obligar al causante a reservar una parte de sus bienes para algunos parientes establecidos legalmente. La legislación justiniana, en base a las Novelas 18 y 115, reglamentó un sistema unificado de legítimas y prohibió la desheredación sin justa causa.

---

<sup>499</sup> MAINZ, *op. cit.*, T. III, p. 412 ss.

En suma, la evolución de la legítima se fue configurando solo atendiendo a los intereses patrimoniales de los miembros de la familia del testador, evidenciándose solo en resguardo de los testadores, la de suplemento de legítima, para poner freno a las pretensiones desmedidas de los legitimarios y los efectos desnaturalizados de la *querela inofficiosi testamenti*.

### III. La legítima en el derecho argentino

El Código de Vélez Sarsfield, en el libro IV, sección 1°, título I “De las sucesiones”, legisló sobre el derecho hereditario a partir del artículo 3279 que dice textualmente: “La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testamento llama para recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero en este Código”.<sup>500</sup>

Destacamos que el primer artículo del Digesto velezano que legisla sobre el tema tiene como fuente directa el fragmento del jurisconsulto Juliano en Digesto 50, 17, 62, que expresa:

*Julianus; libro VI, Digestorum. Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit (Dig. 50, 17, 62).*<sup>501</sup>

Juliano; Digesto, libro V. La herencia no es otra cosa, sino la sucesión en todo el derecho que haya tenido el difunto.

A continuación, siguiendo al derecho romano divide la sucesión en legítima y testamentaria en el artículo 3280, pero presenta una asimetría con respecto a aquel en la segunda parte: “[...] La sucesión se llama legítima”.

<sup>500</sup> CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA, séptima edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1972, p. 639.

<sup>501</sup> GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, T. III, p. 944.

tima, cuando solo es deferida por la ley, y testamentaria cuando lo es por voluntad del hombre manifestada en testamento válido. Puede también deferirse la herencia de una misma persona, por voluntad del hombre en una parte y en otra por disposición de la ley.<sup>502</sup>

En este artículo, el Código se aparta de la legislación romana y lo señala en la nota cuando dice: “[...] La segunda parte del artículo es contraria a la máxima romana que no se puede morir en parte testado y parte intestado adoptada por la L. 14, tit. 3, Part. 6<sup>o</sup>” (*Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*).<sup>503</sup>

En el patrimonio del causante con herederos legitimarios se distinguían en el Digesto velezano dos partes: la legítima de los herederos forzosos de acuerdo a la denominación que encabezaba el libro IV, sección 1<sup>o</sup>, título X “De la porción legítima de los herederos forzosos” y la porción disponible (arts. 3591 a 3605). Son entidades complementarias, puesto que en lo que crece la primera, disminuye la segunda y viceversa, pero no se hallan revestidas de las mismas garantías de intangibilidad.

La porción disponible, si bien merece respeto y consideración porque se vincula al derecho de propiedad y robustece la autoridad paterna al permitir que se proteja a aquellos familiares que necesiten una atención especial por su estado o sus condiciones de salud, no estaba revestida de los medios de protección que gozaba la porción legítima. Ésta no podía estar sometida a gravamen o condición alguna (art. 3598), ni sufrir mengua por donaciones inoficiosas (art. 1831) o por disposiciones testamentarias (art. 3601).

La porción legítima de los herederos forzosos estaba determinada aisladamente en el Código para cada clase de heredero y oscilaba entre los cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que se debían colacionar a la masa de la herencia, reservados para los hijos legítimos (art. 3593), los dos tercios de los bienes de la sucesión para los ascendientes (art. 3594) y la mitad de la herencia para el cónyuge cuando no existían descendientes ni ascendientes del difunto

---

<sup>502</sup> CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA, *op. cit.*, p. 639

<sup>503</sup> *Ibidem*, p. 639.

(art. 3595) o en el caso de hijos extramatrimoniales cuando no habían quedado descendientes ni ascendientes legítimos ni viudo o viuda (art. 3596).

La integridad de la porción disponible impedía que las legítimas pudieran acumularse porque la suma excedería la herencia y el causante quedaría sin su porción disponible. De tal suerte que las cuotas hereditarias debían computarse sobre la legítima mayor, dejando a salvo la porción disponible que correspondía al causante con relación al heredero más favorecido. El mismo principio estableció el anteproyecto de 1954 admitiendo que cuando concurren a la sucesión herederos cuya legítima fuera de diferente cuantía, la menor quedaría incluida en la mayor (art. 642).

En el Código de Vélez, a raíz de textos surgidos de las fuentes romanas, se había planteado la cuestión de si la legítima era parte de la herencia o parte de los bienes. Vélez, siguiendo al código francés y a esa doctrina, estableció en el artículo 3591: “La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia [...]”.<sup>504</sup>

Pero en otro artículo, el 3354, tomado de García Goyena, estableció que el legitimario podía repudiar la herencia y tomar la legítima que le correspondía. Tal solución no se concebía si la legítima era considerada una parte de la herencia ya que ésta no podía aceptarse o renunciarse parcialmente. Tal disposición se nutría de un concepto de legítima distinto del aceptado por el Código: bien se la consideraba como parte de la herencia (*pars hereditatis*) en cuyo caso el legitimario era heredero, o bien como parte de los bienes (*pars bonorum*) en cuya hipótesis era un extraño a la herencia, un acreedor de parte de los bienes. La contradicción era irreductible porque la legítima era parte de la herencia y no se concebía cómo el heredero que renunciaba podía conservarla. La cuestión fue zanjada por la Ley 17711 al derogar el artículo 3354.

Si bien el precepto habla de la herencia, cabe aclarar que para el cálculo

---

<sup>504</sup> CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA, *op. cit.*, p. 708.

no solo se tomaba en cuenta el patrimonio dejado al fallecimiento del causante, sino también los bienes donados en vida por él.

El Código de Vélez, bajo el capítulo “Sucesión de los bienes reservados”, fijaba la porción legítima de los herederos forzosos. El artículo 3593 determinaba la de los hijos legítimos en cuatro quintos del patrimonio del causante, porción que se consideraba demasiado alta y era más conveniente dejar una mayor libertad al testador para poder beneficiar a los hijos que necesitaran ayuda con una distribución más justa y humana de los bienes. El límite aceptado generalmente en la legislación comparada era de dos tercios y así se propuso en el anteproyecto de 1926, redactado por Juan Bibiloni, entre otros (art. 3163), y en el proyecto de 1936 (art. 2010). En el anteproyecto de 1954, redactado bajo la dirección de Jorge Joaquín Llambías, se propició la mitad si había un solo descendiente, las dos terceras partes si eran dos o tres y las tres cuartas partes si eran más de tres (art. 692, inc. 1).

En el artículo 3594 se les reconoce a los ascendientes legítimos el derecho a las dos terceras partes de los bienes de la sucesión, porción que igualmente parece elevada. También en este caso fue propuesta su reducción en los proyectos de reforma (anteproyecto Bibiloni, art. 3163; proyecto de 1936, art. 2010; anteproyecto de 1954, art. 692, inc. 2).

El artículo 3595 fijaba la legítima del cónyuge en la mitad de los bienes cuando no había descendientes ni ascendientes, aunque los bienes fueran gananciales. Pero si concurría con descendientes o ascendientes, el cónyuge tenía legítima solamente sobre los bienes propios del causante, no tenía parte alguna en los gananciales. Tal situación había variado sensiblemente con la Ley 17711 al modificar el artículo 3576 en el sentido tal que el cónyuge superviviente cuando concurría con hijos extramatrimoniales, recibía además de la mitad de lo que le correspondía como socio, la mitad de los gananciales del cónyuge premuerto y la otra mitad la recibían los hijos extramatrimoniales.

Vélez Sarsfield entendió a la legítima como un derecho global perteneciente a los distintos grupos de legitimarios y no como un derecho individual de cada uno de ellos. Por tal motivo su porcentaje no varia-

ba independientemente de la cantidad de legitimarios y la ausencia de alguno de ellos redundaba en beneficio de los restantes, no volvía a la porción disponible del causante. El modo y el orden en que se recibía la porción legítima eran iguales al que se recibía la herencia (art. 3592).

La base patrimonial para determinar la cuantía de la legítima estaba formada por el valor de los bienes dejados a la muerte del testador más el valor que tenían las donaciones al tiempo en que las hizo, pero no se llegaba a éstas mientras se pudiera cubrir la legítima reduciendo las disposiciones testamentarias (art. 3602).

Pero la Ley 17711 introdujo una modificación en el modo de computar las donaciones a fin de paliar los efectos de un injusto sistema de cálculo para épocas de inflación. Estableció que se aplicara para ello el artículo 3477, en el párrafo introducido también por la Ley 17711, que determinó que el cómputo debía hacerse al tiempo de la apertura de la sucesión ya fuera que las donaciones existan o no en poder del heredero.

El artículo 3604 trataba de los contratos celebrados entre el causante y los herederos forzosos que en apariencia eran onerosos. En virtud de esta norma, el testador entregaba en propiedad algunos bienes (“aunque” sean con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo) cuyo valor se imputaba a la porción disponible y el excedente era traído a la masa de la sucesión. El artículo tal como estaba redactado en el Código de Vélez daba lugar a diferentes interpretaciones que fueron subsanadas por la reforma de la 17711 que, entre otras innovaciones, modificó la primitiva redacción para adecuar a la norma solo los contratos aparentemente onerosos (“cuando” sean con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo). Vemos entonces así que se apartó de la regla general según la cual toda donación hecha en vida se presumía un anticipo de herencia. Tal solución era una clara manifestación de respeto a la voluntad del causante que pretendía lograr la dispensa de la obligación de colacionar.<sup>505</sup>

Los pronunciamientos en pos de la reducción de la legítima comenza-

---

<sup>505</sup> BORDA, G. (1975). Tratado de Derecho Civil, Sucesiones. Tomo II. 4<sup>o</sup> edición. Buenos Aires: Perrot, p. 124.

ron a sucederse. Las III Jornadas de Derecho Civil, realizadas en Tucumán en 1967, a través del dictamen de la comisión N° 5, propusieron que siguiendo los lineamientos de la legislación comparada, debía concederse un prudente aumento de la porción disponible y una correlativa disminución de la porción legítima. Para los descendientes legítimos y adoptivos,  $\frac{2}{3}$ , y para los ascendientes legítimos y el cónyuge,  $\frac{1}{2}$ .

Por su parte, en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil que tuvieron lugar en Mar del Plata en 1983, la comisión N° 6 recomendó además que el causante sea facultado para aplicar un porcentaje de la porción legítima fijada a favor de los descendientes para mejorar a alguno o algunos de ellos.<sup>506</sup>

En general, los congresos y jornadas desarrollados en Argentina, con diferencias de matices, se inclinaron por el otorgamiento de una mayor libertad de testar.

El Proyecto de Unificación de la Legislativa Civil y Comercial, aprobado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación en julio de 1987, mantuvo sin modificación alguna el articulado de Vélez, salvo en lo regulado por el artículo 3345, que al referirse a la renuncia a la herencia dice que ella no se presume y que para que sea eficaz respecto a los acreedores y legatarios debe ser expresa y hecha en escritura pública en el domicilio del renunciante o del difunto (cuando la renuncia importa \$ 1000), cláusula eliminada en 1987.

Por lo que respecta al Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio, elevado al Ministerio de Justicia en diciembre de 1998 por la comisión honoraria que integraron los doctores Héctor Alegría, Atilio Alterini, Jorge Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman, el Libro Sexto, que legisla sobre “La transmisión de derechos por causa de muerte”, solo contiene modificaciones de detalle, al decir de sus redactores, como la supresión del llamamiento hereditario de la nuera viuda o la disminución de las legítimas, en-

---

<sup>506</sup> NOVENAS JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, Mar del Plata 1983, comisión N° 6, puntos II, en “El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años; LÓPEZ CABANA, R. (1991). “La porción disponible del causante con hijos.” En *Sucesiones. Homenaje a la Dra. Méndez Costa*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, p. 186.

contrándose otras que tienen por objeto actualizar y agilizar el proceso sucesorio simplificando su trámite en beneficio de los herederos, legatarios u otros interesados. Debemos agregar que en materia hereditaria la comisión reformadora se ha valido de los proyectos clásicos de reforma integral del actual Código Civil, esto es, el anteproyecto de 1926 redactado por Juan Antonio Bibiloni, el proyecto de 1936 y el anteproyecto de 1954, todos los cuales mantuvieron el perfil romanista del digesto velezano.

El Proyecto de Código Civil de 1998 –considerado base para la elaboración del nuevo Código Civil– regula el tema en el Libro VI “De la transmisión de los derechos por causa de muerte” y en el título IX “De la porción legítima” (arts. 2394 a 2408). Con respecto a la porción legítima proyectaba reducir la misma en el artículo 2395: la de los descendientes a los dos tercios y la de los ascendientes a un medio, manteniendo la del cónyuge en esta última proporción para responder así a una observación reiterada por inveterada doctrina que considera excesivas las porciones establecidas por el Código de Vélez. Es por ello que en los proyectos de reforma integral al Código Civil se propició siempre aumentar la porción de libre disposición. La comisión que elaboró este proyecto estudió la posibilidad de dar al causante el derecho de poder favorecer al o a los descendientes más necesitados, siguiendo al derecho comparado, pero tal facultad no fue incluida por decisión de la mayoría por considerarla de difícil justificación, tal reza en los fundamentos del proyecto.<sup>507</sup>

El Código Civil y Comercial de 2015 legisla la transmisión de los derechos por causa de muerte en el Libro V y en el título X regula lo relativo a la porción legítima (arts. 2444 a 2461). Expresa en sus fundamentos que el texto se elaboró sobre la base del proyecto de Código de 1998, razón por la que se incluyó el análisis del *quantum* en tal precedente. El Código plantea una suerte de flexibilización en algunas cuestiones relacionadas con el derecho sucesorio pero el régimen anterior se mantiene casi en su totalidad. Introdujo una modificación importante al incre-

---

<sup>507</sup> PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998, Tucumán: Centro Editorial, 1999, p. 89.

mentar en un tercio la porción disponible de los bienes del causante y consecuentemente reducir la legítima, pero mantiene los dos institutos jurídicos, ambos de creación romanista.

Respecto a la naturaleza jurídica de la legítima, se han generado contradicciones a la luz de la redacción de algunos artículos. Se establece en el artículo 2444, titulado “Legitimarios”, “tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge”.<sup>508</sup>

Se advierte que a diferencia del artículo 2394 del proyecto que le sirvió de base, eliminó en la definición la expresión “de los bienes del causante”. Interpretando esta expresión, la doctrina sostenía que conforme a la redacción del 2394 del proyecto, la legítima era *pars bonorum*. Seguidamente, el artículo 2445 establece: “La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio. Dichas porciones se calculan sobre la suma del ‘valor líquido de la herencia’ al tiempo de la muerte del causante [...]”.<sup>509</sup>

Pero el artículo 2450 reza: “El legitimario preterido tiene acción para que se le entregue su porción legítima, ‘a título de heredero de cuota’ [...]”.<sup>510</sup>

Esta afirmación podría interpretarse a favor de la teoría de la *pars bonorum*. O sea que por un lado se ha eliminado la referencia explícita a la naturaleza jurídica de la legítima en el artículo 2444, y por otro, ha surgido una discordancia al respecto entre el artículo 2445, según el cual sería parte de la herencia, y el 2450, del cual se desprende que sería parte de los bienes. La imprecisión y la contradicción en la redacción podrá dar lugar a interpretaciones disímiles.

En virtud del 2445, ya transcripto, se ha operado la disminución de las porciones legítimas de los descendientes y de los ascendientes, pero se mantuvo la del cónyuge, disminuyendo así la cuantía fijada en el

---

<sup>508</sup> CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. 1ª edición. Ed. Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2014, p. 426.

<sup>509</sup> CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, *op. cit.*, p. 426.

<sup>510</sup> *Ibidem*, p. 426.

Código de Vélez, conservada por la Ley 17711 para los descendientes y ascendientes y siguiendo el criterio del proyecto de 1998. Tal espíritu responde según lo expresado en los fundamentos por los redactores “[...] a una doctrina mayoritaria que considera excesivas las porciones establecidas por Vélez Sarsfield y más justo es ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante. [...]”<sup>511</sup>

La disminución de la legítima con su correlativo aumento de la porción disponible permitirá que el causante que quiera beneficiar a herederos no forzosos o a extraños no herederos, pueda disponer de una mayor porción de bienes en beneficio de aquellos, fundado en fuertes vínculos afectivos, razones de gratitud, entre otros. Así, la voluntad del causante se ha visto fortalecida como fuente de derecho sucesorio dando la posibilidad a toda persona para que disponga del 33,33% (treinta y tres 100/00) de su patrimonio cuando tenga descendientes y del 50% (cincuenta 100/00) cuando tenga ascendientes o cónyuge.

Siguiendo con el análisis del mismo artículo 2445, el Código introdujo modificaciones respecto del cálculo de la legítima estableciendo que “[...] Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia ‘al tiempo de la muerte del causante’ más el de los bienes donados computables para cada legitimario, ‘a la época de la partición’ según el estado del bien ‘a la época de la donación’ [...]”<sup>512</sup>

No se encuentra razón alguna en la fijación de distintos momentos para calcular el valor de los bienes según sean bienes de la herencia o bienes donados, lo que puede conducir a distorsiones a la hora de practicar los cálculos, habiendo sido más equitativo fijar un mismo momento para valuar todos los bienes.

Conforme al artículo 2448, las porciones legítimas de los legitimarios pueden verse reducidas aún más cuando existan herederos con discapacidad en razón de que faculta al causante a que por vía de testamento o fideicomiso disponga, además de la porción establecida, de un tercio de las porciones legítimas de los otros legitimarios para mejora a descen-

---

<sup>511</sup> FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 598.

<sup>512</sup> *Ibidem*, p. 426.

dientes o ascendientes discapacitados. A tales efectos, el propio artículo 2448 define la discapacidad en los siguientes términos: “[...] A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.<sup>513</sup>

Tal mejora ha sido ya objeto de crítica por la doctrina en varios aspectos. En primer lugar, dada la amplitud del concepto legal de discapacidad, ambiguo, impreciso, dejando –como en tantas otras materias– abierto el camino a la discrecionalidad de los jueces para determinarla y, peor aún, si no es exigible que esté acreditada judicialmente, porque el artículo del Código no lo exige y la ley tampoco. Además, al definirla como una alteración funcional prolongada, incluye también el supuesto de una discapacidad transitoria sin regular qué destino se les dará a esos bienes en caso de que la discapacidad desaparezca. Otro reproche apunta a la exclusión del cónyuge entre los beneficiarios, y finalmente se le recrimina que se haya integrado la misma afectando las porciones legítimas de los restantes legitimarios.

Compartimos la opinión de Amarante,<sup>514</sup> que sostiene que tal disposición va ser objeto de controversia en numerosos casos, considerándose situaciones de desavenencia familiar y desigualdades económicas entre los herederos que carecen de fortuna personal.

A mayor abundamiento, se advierte un tratamiento pendular del discapacitado: por un lado se le da el tratamiento de un incapaz en el artículo 2448 y por otro se lo equipara a un plenamente capaz permitiéndole testar en los intervalos lúcidos según el artículo 2467, inc. d), no precisando cómo se determinarán aquellos.

Otra modificación está relacionada con los actos entre vivos a título oneroso entre el causante y los herederos, tratado en el artículo 2461, que cambia el término “herederos forzosos” del artículo 3604, reforma-

---

<sup>513</sup> CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, *op. cit.*, p. 426.

<sup>514</sup> AMARANTE, A. (2012). “La legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial!” En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Año IV, N° 10, Noviembre 2012, p. 168.

do por la Ley 17711, por “legitimarios”, que seguramente desencadenará nuevas interpretaciones respecto de la naturaleza jurídica de la legítima en contraposición a los artículos 2445 y 2450. En el aspecto analizado, el incremento de la porción disponible y consecuente reducción de las legítimas en el nuevo Código ha significado un avance respecto a la consideración de las personas mayores cuya problemática ha permanecido invisibilizada y recién va asomando tíbiamente. El impacto negativo en el ejercicio de los derechos no se circunscribe a la salud, sino que también impacta en la violencia patrimonial a través de la explotación o expropiación de sus bienes por parte de familiares o extraños, sin consentimiento o con consentimiento viciado. En tal sentido el aumento de la porción disponible y simultánea reducción de las legítimas en el nuevo Código quizás pueda significar una herramienta útil para las personas mayores que son víctimas de violencia patrimonial por parte de familiares directos, a veces en connivencia con los responsables de establecimientos, cuando se trata de personas mayores institucionalizadas.

El equilibrio se logra mediante una disminución de las legítimas y un consecuente incremento en la porción disponible (art. 2445), conforme se refleja el cuadro siguiente.

## LEGÍTIMA

Código de Vélez	Proyecto de 1998	Código de 2015
Descendientes 4/5 (art. 3593)	Descendientes 2/3 (art. 2395)	Descendientes 2/3 (art. 2445)
Ascendientes 2/3 (art. 3594)	Ascendientes ½ (art. 2395)	Ascendientes ½ (art. 2445)
Cónyuge ½ (art. 3595)	Cónyuge ½ (art. 2395)	Cónyuge ½ (art. 2445)

## PORCIÓN DISPONIBLE

Código de Vélez	Proyecto de 1998	Código de 2015
Descendientes 1/5	Descendientes 1/3	Descendientes 1/3
Ascendientes 1/3	Ascendientes 1/2	Ascendientes 1/2
Cónyuge 1/2	Cónyuge 1/2	Cónyuge 1/2

### IV. Conclusión

Tanto la figura de la legítima como su complementaria, la porción disponible, conforman una función de fortalecimiento y solidaridad familiar la primera, y una manifestación de robustecimiento de la autoridad paterna la segunda, de los que se ha dado razones en los fundamentos del Libro Quinto del Código y en el artículo que reduce y eleva respectivamente los porcentajes de ambas con respecto a los vigentes anteriormente. Se refuerza la autoridad paterna ampliando el poder de disponer del patrimonio que el propio causante ha forjado mediante el incremento del porcentaje de la porción disponible por ser “más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante”,<sup>515</sup> sostienen los redactores. Pero contrariamente asistimos a la eliminación del instituto de la desheredación cercenando la autonomía de la voluntad del causante, lo que va redundar en desmedro de la cultura testamentaria que se pretendió sustentar con el aumento de la porción disponible.

<sup>515</sup> FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, *op. cit.*, p. 599.

En otro orden de ideas, en la fundamentación del Libro Segundo, referido a la patria potestad, mostrándola como desdeñable, que ahora se le llama responsabilidad parental, se dice que “[...] 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 [...]”.<sup>516</sup>

Percibimos así que hay un tratamiento oscilante, pendular, porque el Código no sigue un hilo conductor, no se ha enrolado en un posicionamiento determinado respecto a la figura paterna en la familia.

Las críticas por omisiones, defectos o contradicciones en los aspectos tratados de la institución de la legítima en el derecho sucesorio, no merecen la reforma introducida en cuanto al incremento de la porción disponible del testador como impacto en el ejercicio de sus derechos en estos tiempos de desatención a las personas mayores.

Estas reflexiones permiten arribar a la conclusión de que pese al desdén por el derecho romano, declamado en los fundamentos del Código y a los esfuerzos denodados de los redactores por tomar distancia de él mutilando sus notas, no han podido vencer la ascendencia vital que siempre ha ostentado. Su valor como antecedente histórico-jurídico de nuestro sistema sucesorio, y en especial de la institución de la legítima, es incontestable. Así, la evolución que experimentó el instituto de la legítima en cada etapa histórica romana, que fue globalizada por el *Corpus Iuris Civilis*, aparece plasmada en el sistema sucesorio argentino en sus distintas etapas de evolución.

---

<sup>516</sup> FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, *op. cit.*, p. 500.

# El caso de la herencia de Francisco Juanicó

---

Por María Cristina Filippi<sup>517</sup>

## I. Introducción

En el año 1846 fallece en Montevideo don Francisco Juanicó, ocho años después que su esposa legítima Juliana Tegeira. Del matrimonio quedan dos hijos legítimos, Cándido y Henrique, que solicitan y obtienen en Buenos Aires la posesión de la herencia patrocinados por Dalmacio Vélez Sarsfield. No obstante ello existían dos hijos naturales nacidos fuera del matrimonio: Carlos, que no tuvo ninguna intervención en el caso, y Carolina, que se presentó en Montevideo a pedir la posesión de la herencia aduciendo haber sido concebida y engendrada por Francisco y Juliana antes de casarse y haber quedado legitimada por el subsiguientes matrimonio de éstos.

Esta pretensión se fundaba en que, si bien la peticionante había sido originalmente anotada en los libros parroquiales como de padres desco-

---

<sup>517</sup> Doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Titular de Derecho Romano de las Facultades de Derecho de las Universidades Nacional de Córdoba y Católica de Córdoba. Directora del Instituto de Investigación de Derecho Romano Dr. Agustín Díaz Bialet (UCC).

nocidos, luego dicha inscripción fue rectificadada consignándose que era hija del matrimonio Juanicó antes de la celebración de las nupcias. Sea como fuere, Cándido y Henrique se oponen, patrocinados por Vélez Sarsfield, a esta solicitud en un extenso memorial al que aludo en este trabajo.

El caso no pasaría seguramente de constituir un litigio común, pero hay tres particularidades que me llevaron a analizarlo. En primer lugar, recordemos que por entonces faltaba aún un cuarto de siglo para que entrara en vigencia el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield, quien seguramente lo tuvo presente al ocuparse de la posesión hereditaria, materia en la cual demostró profunda versación como lo demuestra la nota al artículo 3410. En virtud de esa carencia de leyes nacionales, la normativa aplicable eran el derecho romano y las leyes españolas. Vélez demuestra una notable versación en esos campos y me ha parecido que era importante destacar esa importante faceta romanista que demostraría luego a través de las notas de su Código.

Lo cual marca indudablemente, por si aún existiesen dudas, que el derecho romano fue la base de nuestro primer ordenamiento civil, cosa que me lleva a referirme brevemente aquí a lo que éste establecía en relación a la importancia de la filiación legítima a los fines de determinar el carácter de heredero y discernir la posesión hereditaria. Finalmente, debo marcar que hoy en día el abordaje de la cuestión sería distinto, y probablemente la solución también, porque nuestro panorama legislativo ha variado mucho desde entonces y de esa realidad actual también voy a ocuparme.

Vayamos entonces al análisis de los principios romanos, del memorial de Vélez Sarsfield y de nuestra legislación actualmente vigente.

## II. El derecho romano

La organización familiar romana giró, en una primera época, en torno a la *patria potestas*. Así, puede hablarse de familia proprio iure, que nu-

cleaba a todos los sometidos a la misma potestad; familia *communi iure*, integrada por todos los que estarían sometidos a la misma potestad si el titular de ella todavía viviese; y *gens*, conformada por la totalidad de las personas que descendían de un mismo antepasado común.

Todos los integrantes de una familia estaban unidos por un vínculo de parentesco que era en una primera época fundamentalmente el agnaticio, es decir, el que vinculaba a todos los sometidos a la potestad de la misma persona o que lo estarían si esa persona se mantuviera con vida, y se transmitía solamente por línea masculina. Al lado de éste apareció el parentesco cognaticio, existente entre quienes compartían la misma sangre y la afinidad que vinculaba a un cónyuge con los parientes del otro.

Pero en los primeros tiempos de Roma la agnación era el vínculo familiar fundamental, y conforme a ella los hijos de familia, entendiéndose por tales a los nacidos en el seno de ésta procreados por los cónyuges. Estaban unidos al *pater* y también a la *mater*, si ella se había casado *cum manu*. Tales los llamados hijos legítimos, un hombre podía tener muchos otros hijos pero éstos, salvo que los legitimase, no integraban la familia y no estaban por ende sometidos a su potestad, mantenían con él un simple vínculo cognaticio.

¿Qué importancia tenía esto? Una fundamental: los hijos legítimos eran los continuadores de la stirpe familiar y portaban el apellido que los identificaba como tales, no así los ilegítimos. Si se repara en el hecho de que si bien la organización romana primitiva dividía a la población en tres tribus, cada una de éstas conformada por diez curias y éstas a su vez por diez decurias o *gens*, esta organización fue reemplazada por el rey Servio Tulio por otra conforme la cual las familias estaban divididas de acuerdo a su riqueza, y mientras mayor fuese ésta, mejor era el rango dentro del comicio.

Ahora bien, esto no era de ninguna manera un tema menor ya que la pertenencia a una familia determinaba el valor del voto. No era lo mismo ser parte de una ubicada en una centuria de primera clase que estar en otra de la quinta. Por ello interesaba al mismo Estado, ya que

iba a elegir sus autoridades y dictar sus leyes en virtud de lo que votaran las familias que conformaban el comicio. De allí que la calidad de hijo legítimo era crucial, dado que la misma iba a determinar de qué familia se tenía derecho a formar parte.

Sentemos entonces algo fundamental: la filiación era una cuestión de Estado y el bien jurídicamente protegido a través de las reglas y principios que definían la filiación legítima era la preservación del apellido familiar, lo que implicaba la continuidad de una familia y con ella la mantención del equilibrio dentro de las centurias que concurrían a votar en los comicios.

Andando el tiempo, con el advenimiento del Imperio, las asambleas populares pierden importancia ya que las leyes emanan ahora de los emperadores. Sin embargo, ya el mismo Augusto advirtió la importancia de mantener las uniones familiares dado que en definitiva el poder imperial dependía de que se conservara la estructura de las mismas, cosa que en su época tendía a perder importancia. Las costumbres se habían relajado, eran comunes las uniones de conveniencia y los divorcios y los matrimonios tenían cada vez menos hijos legítimos, sobre todo porque la mujer rehuía quedar embarazada, lo que no era de extrañar dado que se estima que fallecía una de cada cuatro que tenían un parto.

Por eso el primer emperador hace dictar sucesivamente las leyes *Iulia de Maritandis Ordinibus*, *Papia Poppaea* y *Iulia de Adulteriis*, buscando preservar las familias tradicionales en base a proteger los matrimonios frente a intromisiones extrañas y asegurar que éstos engendrasen hijos legítimos que continuasen la estirpe, cosa que no podían hacer los ilegítimos. Como se advierte, por si hiciera falta repetirlo, la protección de la filiación legítima tiene por objeto preservar la integridad y la continuidad de los grupos familiares que conformaban Roma.

Al morir un ascendiente sus descendientes bajo potestad, sus hijos legítimos, con excepción de las hijas casadas *cum manu* y los hijos dados en adopción, que ya formaban parte de otras familias, conformaban según las XII Tablas el grupo de los *sui heredes*, llamados a heredar en primer lugar. No necesitaban aceptar la herencia, se presumía que ya lo habían hecho y esto tiene que ver con la denominación de este orden sucesorio.

*Sui heredes* quiere decir “herederos de los suyos” ¿Por qué? Porque lisa y llanamente reciben en carácter de herencia los bienes que ya llamaban “suyos” en vida del padre. Esto continúa siendo así en la actualidad. ¿Quién no escuchó a algún niño decir “te invito a *mi casa*”, “vamos a *mi cuarto*” o “acuéstate en *mi cama*”? Sin embargo ¿son *de él* la casa, el cuarto y la cama? Obviamente no, pertenecen a los padres, pero él las considera suyas. Por eso al fallecer el padre, hoy los padres, recibirá ahora sí en propiedad lo que siempre había considerado como propio.

Pero con el andar del tiempo y el advenimiento del cristianismo esta óptica va a cambiar, aunque no por ello los hijos ilegítimos serán reivindicados sino todo lo contrario. Su situación jurídica va a empeorar ya que aparecerán entre ellos diversas categorías: naturales, sacrílegos, espúreos, incestuosos y adulterinos. Con lo cual llevarán de por siempre esa tacha, cosa que no sucedía con los hijos ilegítimos de la época republicana, que si bien no portaban el apellido paterno ni integraban su familia, no estaban castigados con un mote infamante que los acompañaría de por vida.

Es que el bien jurídico protegido ha cambiado. Ya no se trata de perpetuar una familia velando porque esté integrada por los descendientes engendrados en el seno de ésta, y en eso la Iglesia tuvo mucho que ver. Es que luego de tres siglos y medio de persecuciones, muchas veces sangrientas, cuando llegó la tolerancia los sacerdotes procuraron que los fieles del culto se expandiesen, cosa que se lograba propiciando que los cristianos se casaran entre sí, y en el seno de ese matrimonio engendraran nuevos cristianos para mantener y propagar la religión.

Esa visión del hijo ilegítimo, desdeñado por ser fruto del pecado, será la que impere en los tiempos en que Vélez Sarsfield realice la defensa de la que me ocupo.

### III. La defensa de Vélez Sarsfield

En el memorial en el cual se oponía a la pretensión de Carolina Juanicó de recibir la posesión hereditaria, Vélez sienta algunos principios que paso a enunciar:

1. Al heredero instituido mediante testamento solemne y sin vicios le puede ser acordada la posesión de los bienes de la sucesión.<sup>518</sup>
2. La filiación legítima confiere al hijo la posesión de la herencia incluso en contra del testamento paterno.<sup>519</sup>
3. El que no es heredero no puede pedir la posesión hereditaria.
4. La filiación que constituye título suficiente para obtener la posesión de la herencia es la legítima y no la natural.
5. El hijo que ha nacido dentro de un matrimonio goza de la presunción *iuris* de ser un hijo legítimo, mientras que el hijo natural tiene una filiación dudosa.<sup>520</sup>
6. El hijo legítimo tiene un estado de familia que ha sido fijado desde el nacimiento por haber llegado al mundo dentro de un matrimonio legítimo y su estado no necesita prueba alguna. Todo lo contrario de lo que ocurre con el hijo ilegítimo que no posee estado de familia alguno y para adquirirlo le son necesarias actuaciones posteriores que demuestren su filiación.
7. Ante una doble declaración en los libros parroquiales, la primera anotando a un recién nacido como de padres desconocidos y la segunda reconociéndolo como hijo propio, no ha de creerse que la última destruye la primera, pues no han de ser oídos quienes vacilan sobre la fe de una primera declaración.<sup>521</sup>
8. El acto pasado ante un oficial público (como lo era entonces el párroco en lo referido a las anotaciones en los libros parroquiales) destruye la fuerza que pudieran tener las declaraciones posteriores.<sup>522</sup>
9. Desde que hay un contradictor legítimo al título de heredero que se pretende ejecutar, ya sea emanado éste de un testamento solemne ya de una filiación legítima, el juez debe abrir la causa a

---

<sup>518</sup> C. 6. 33. 3; Part. 6. 14. 2 y Fuero Real 3. 7. 2.

<sup>519</sup> D. 37.10. 1. 3 y C. 6. 17.

<sup>520</sup> Part. 4. 2. 7. pr. y Part. 2. 7.

<sup>521</sup> D. 22. 5. 2 y 16; D. 18. 10. 27; C. 4. 19. 14; Part. 3.16. 30 y 41.

<sup>522</sup> C. 4. 19. 13; C. 7.32. 11; Part. 4. 19. 7.

prueba suspendiendo la dación de la posesión hereditaria hasta la sentencia final.<sup>523</sup>

10. El hijo ilegítimo no comienza con posesión alguna de estado de familia, por cuanto para adquirirlo le son necesarias actuaciones posteriores que demuestren su filiación. Entonces si principia la posesión de la herencia ella es precaria o clandestina, y no nace de título válido alguno.
11. La posesión de un estado de familia que ha comenzado en forma precaria, clandestina o de mala fe padecerá siempre de esos vicios, ya que no es legítimo al poseedor cambiar por sí mismo la causa de su posesión, ni tampoco la hace variar el transcurso del tiempo. La posesión no debe ser con violencia, clandestinidad ni precariedad respecto al adversario.<sup>524</sup>
12. El estado de hijo legítimo ha sido fijado desde el nacimiento por naturaleza, dándole por madre a una mujer casada, y la ley dando por padre al esposo de la madre. Este hijo tiene entonces un estado de familia y puede decirse poseedor de él, puesto que las leyes lo consideran ya como dueño de los bienes de sus padres aún en vida de éstos, y muertos ellos los sucede sin intervalo alguno de tiempo.<sup>525</sup>

Vélez Sarsfield ha desarrollado el tema de la posesión hereditaria en la nota al artículo 3410 de su Código: “La posesión no se transmitía al heredero ministerio *legis*, solamente los *sui heredes* adquirirían la herencia *ipso iure*, necesitando los instituidos de la adición, según D. 41. 2. 23”.

En comentarios a ese Código Civil se ha destacado la forma que se plasma el pensamiento del codificador en esa nota. El hijo natural que puede ser preterido sin que se rompa el testamento de los padres no es heredero *ab intestato*, no puede sin pruebas acabadas ampararse en la ley que da la posesión provisoria de la herencia y que lo mantiene en

---

<sup>523</sup> C. 33.3.

<sup>524</sup> l. 4.15 *in fine*.

<sup>525</sup> Part. 7.33. 6; Part. 4. 2. 7. pr; Part. 2.7.

ella hasta la pubertad sin que su filiación pueda cuestionarse en juicio, como sucede con el hijo legítimo.

Ahora bien, en el caso Carolina Juanicó aducía haber nacido de una unión entre Francisco Juanicó y Juliana Tegeira habida accidentalmente antes del matrimonio, por ello su filiación es natural como ella misma reconoce, aunque aduciendo que el posterior casamiento de sus padres ha venido a legitimarla con todos los derechos de tal, incluidos los de la posesión hereditaria.

Ante este argumento, Vélez Sarsfield expone, tal como plasmaría luego en el artículo 311 de su Código, que los hijos nacidos fuera del matrimonio de padres que al tiempo de la concepción pudieron casarse quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio de ellos, pero para que tal cosa suceda los progenitores deben reconocerlos al casarse o inmediatamente después según el artículo 317. Y agrega un argumento de matriz esencialmente romana en relación a la paternidad: *“mater semper certa, pater est quod nuptiae demonstrant”*, que luego plasmaría en el artículo 325 de su Código Civil.

Y en relación a los medios de prueba, con cita de Modestino<sup>526</sup> afirma que en declaraciones testimoniales debe examinarse la dignidad, fidelidad, costumbres y gravedad de los testigos, “no debiendo ser oídos los que vacilan sobre la exactitud de su declaración”, argumento empleado para controvertir la validez de la segunda inscripción parroquial.

En resumen, sostiene el Codificador que Carolina Juanicó, careciendo de estado de familia público y notorio, no puede probar su filiación natural y que al no poder hacerlo cae su pretensión de ser heredera como hija natural legitimada por el subsiguiente matrimonio de sus padres. En consecuencia solo queda en pie el hecho de su filiación natural y la misma no otorga la posesión hereditaria.

Como se advierte, la defensa está basada en los profundos conocimientos que Dalmacio Vélez Sarsfield tenía tanto del derecho romano cuanto de la legislación española, que luego se plasmaría en su Código Civil, que nos rigió durante más de una centuria.

---

<sup>526</sup> D. 22. 5. 2.

## IV. El derecho argentino

Veinticinco años después de este litigio, concretamente en 1871, comenzaba a regir en nuestro país el Código Civil obra de Dalmacio Vélez Sarsfield, primero editado en Nueva York y a partir de 1893 rigió la versión producida en Argentina en los talleres tipográficos La Pampa, que fue la segunda y última edición oficial.

En líneas generales mantiene la orientación jurídica que ya había expuesto el Codificador en el caso Juanicó: el fin del derecho es proteger los matrimonios legítimamente constituidos y los hijos nacidos dentro de su seno. La preservación de la familia, fundamentalmente la cristiana, y su prolongación a través de los hijos engendrados por los matrimonios, que serán los llamados a heredar a los padres para continuar la estirpe.

Se ocupa del matrimonio en los artículos 159 a 239, de la filiación legítima del 240 al 263 y de los hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos en los artículos 324 a 337. Entre otras cosas establecía que el matrimonio entre católicos debía celebrarse conforme las formalidades establecidas por la Iglesia,<sup>527</sup> aunque también daba lugar a las uniones entre cristianos no católicos o personas que no profesaran el cristianismo.<sup>528</sup> Por su parte, eran hijos legítimos los nacidos dentro de un matrimonio válido,<sup>529</sup> carácter que se probaba por la inscripción en los libros parroquiales.<sup>530</sup>

Pero las cosas empiezan a cambiar a partir de la sanción de la Ley de Matrimonio Civil 2393, que comienza la independización en la materia entre las normas eclesiásticas y las exclusivamente civiles, reemplazada luego por la Ley 23.515. Por su parte, en materia de filiación, la Ley 23.264 reemplazó la vieja división entre hijos legítimos e ilegítimos por los conceptos de filiación matrimonial y extramatrimonial,

---

<sup>527</sup> Artículo 167 originario.

<sup>528</sup> Artículo 183 originario.

<sup>529</sup> Artículo 240 originario.

<sup>530</sup> Artículo 263 originario.

<sup>530</sup> Nuevo artículo 240.

las cuales, al igual que la filiación por adopción, producen exactamente los mismos efectos.<sup>531</sup> Con lo cual la defensa hecha por Vélez Sarsfield a los hijos legítimos de Francisco Juanicó ya no sería posible, ya que la reforma establece expresamente<sup>532</sup> que todos los hijos, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio, heredan a sus padres por partes iguales.

El 15 de agosto de 2015 entra en vigor el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por la Ley 26.994. En relación a la filiación, establece que puede ser por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida o por adopción.<sup>533</sup> Se ocupa de la filiación matrimonial<sup>534</sup> y extramatrimonial,<sup>535</sup> pero una y otra confieren a los hijos exactamente los mismos derechos. Así lo establece expresamente el artículo 2426: “Los hijos del causante lo heredan por derecho propio y por partes iguales”.

Por su parte, y en relación a la familia, se ha cambiado mucho frente a la realidad vigente en tiempos de Vélez Sarsfield. Recordemos que la Ley 26.618 de matrimonio igualitario, con fecha 22 de julio de 2010, estableció que el matrimonio tendría los mismos requisitos y efectos con independencia que los contrayentes sean del mismo o distinto sexo. Y en el mismo sendero, la Ley 26.743 de identidad de género definió a éste como “la vivencia interna e individual del género que corresponde, el que puede coincidir o no con el asignado al nacer”, con lo cual se facultó a los mayores de dieciocho años para pedir la rectificación de su sexo y nombre, garantizándoseles en adelante un trato digno e igual al que recibían las demás personas. También podían hacerlo los menores a partir de los trece años con autorización de sus representantes legales.

Con lo cual el matrimonio no es ya “la unión del varón y la mujer, consorcio para toda la vida, comunicación de los derechos divinos y humanos”, como lo definiera Modestino<sup>536</sup> según lo interpretaron los glosadores, porque los puede haber conformados por personas del mis-

---

<sup>531</sup> Nuevo artículo 3565.

<sup>532</sup> Nuevo artículo 3565.

<sup>533</sup> Artículo 558.

<sup>534</sup> Artículos 566 a 569.

<sup>535</sup> Artículos 570 a 581.

<sup>536</sup> D. 23. 2. 1.

mo sexo, ahora existe el divorcio vincular y los cónyuges comparten lo que ellos quieren. Por su parte, existen también nuevas formas de familias al margen de las tradicionales: las hay monoparentales, ensambladas, etc.

## V. Una conclusión

Quiero destacar una conclusión que extraigo de lo que llevo expuesto, donde me he ocupado del derecho romano, del caso de la herencia de Francisco Juanicó y de la normativa legal vigente en la Argentina independiente. Y ella es, pese a lo que podría parecer ante una lectura desprevenida, que el derecho romano influyó y sigue influyendo en nuestra realidad jurídica. Es la base y fuente de nuestras normas, digamos que está en nuestro ADN jurídico, por eso seguimos hoy hablando de matrimonio, familia, filiación y sucesiones igual que lo hicieron los romanos hace dos milenios. Así como una persona cambia al crecer, varía su aspecto físico y su modo de pensar, pero pese a todo esto sigue siendo la misma que era al nacer.

Aquí lo que ha variado es el interés jurídicamente protegido en la materia. En Roma era la conservación de la familia agnaticia como pilar del Estado y posteriormente lo fue la tutela de la misma familia cristiana, conformada por cónyuges que recibieron el sacramento al unirse y que engendraron hijos en el marco de dicha unión. Actualmente diríamos que el foco ha cambiado de nuevo. Ahora se tutela fundamentalmente el interés individual, la concepción que cada uno tiene de sí mismo y de la vida que quiere llevar.

Mañana... ¿cuál será?

## Bibliografía consultada

- ARIAS, J. (1941). *Manual de derecho romano*. Buenos Aires: Kraft.

- ARANGIO RUIZ, V. (1943). *Historia del Derecho Romano*. Madrid: Reus.
- BONFANTE, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Reus.
- CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. Segunda Edición Oficial. Establecimiento tipográfico de La Pampa. Buenos Aires, 1883.
- *CORPUS IURIS CIVILIS*. Traducción de Ildefonso García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas, 1889.
- DI PIETRO, A. (1996). *Derecho privado romano*. Buenos Aires: Depalma.
- GAYO (1975)᠒. *Instituciones*. Traducción de Alfredo Di Pietro. La Plata: Librería Jurídica
- GHIRARDI, J. C. (1997). *Manual de Derecho Romano I*. 3ª edición. Córdoba: Eudecor.
- LORENZETTI, R. (dir.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo XI. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- MAYNZ, C. (1892). *Curso de derecho romano*. Barcelona: Jaime Molinas.
- VÁZQUEZ, H., GHIRARDI, J. C. y ROLFO, M. L. “Tres Escritos Judiciales de Vélez Sarsfield”. En *Revista UNC*, t, 1/5, p. 218, Córdoba, 1977, y *Studi Sassaesi Sassari*, 1981.

# La causa: génesis y evolución de un concepto

---

Por Gastón L. Medina<sup>537</sup>

## I. Introducción

Esta ponencia, presentada en el IX Congreso de Principios Generales y Derecho Romano, realizado durante los días 28 y 29 de octubre de 2022 en la Facultad de Derecho de UFLO Universidad con la organización de la Prof. Mirta Beatriz Álvarez y del Dr. Norberto Rinaldi, versa sobre uno de los temas más inquietantes del mundo del derecho y, al mismo tiempo, más representativo de la evolución jurídica a través del tiempo.

Con la idea de causa, fruto de la profunda elaboración jurídica de los jurisperitos del período Clásico (siglos I a III), respaldado por el derecho pretoriano, se logró vencer el obstáculo de la exigencia de

---

<sup>537</sup> Abogado especializado en Derecho Social (UNLP). Miembro de la Sección de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social del IDEL-FACA. Miembro del Consejo de Redacción de la revista La Defensa. Profesor de Derecho Romano en UNLP, UNPAM (ex) y UBA. Diplomado en Derecho Romano por la UAI. Profesor de Derecho Civil Parte General, Derecho de Daños, Teoría de la Persona y Teoría del Contrato en la UAI. Miembro fundador y ex subdirector del Instituto de Historia y Derecho Romano del CALP. Miembro del Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Miembro del Instituto de Derecho Romano del CPACF. Miembro de ADRA. Investigador, disertante y publicista.

“dolo” de la Ley de las XII Tablas (en sus formas: “*Contumelias*” o lesión física, “*Infamia*” o lesión al honor y “*Carmen furiosus*” o maleficio sobre personas, cosas o lugares) y, asimismo, se logró superar el requisito de la “acción u omisión directas” (“*corpore corpori datum*”), del agente dañoso, mediante la novedosa idea de “*conditio sine qua non*”.

A partir de entonces, el único “dolo”, la única “culpa” (ya “*in-eligendo*”, ya “*in-vigilando*”), el único “riesgo” que importará será el “dolo”, la “culpa” o el “riesgo”, en la medida de que sea causa determinante del daño, sin la cual éste no hubiera sucedido, ni fuere probable o razonable su acontecer.

Vemos aquí la clara raíz romanista de lo que siglos más tarde se conocerá bajo el nombre de nexo causal adecuado, ícono de la atribución objetiva de responsabilidad en todo el derecho moderno y contemporáneo.

## II. Causalidad y causa

Ante todo, resulta conveniente referirnos a los conceptos de causalidad y causa y a sus diferencias y conexiones.

El término causalidad admite dos acepciones, a saber:

En sentido impropio, por causalidad debemos comprender a la realidad material misma en su devenir ordinario. Acontecimientos que, en un determinismo tempo-espacial, se hallan conectados recíprocamente en una relación causa-efecto. Un ámbito concreto y circunstanciado de la realidad fáctica. Un curso natural de la experiencia que, en rigor, trasciende al derecho, aunque no escape a su regulación. En este sentido, cabe hablar de causalidad como sinónimo de relación-causal.

En sentido propio, causalidad se identifica con una operación lógica, es decir, con un modo específico de discernimiento o conocimiento sobre la relación-causal. Un método de conocimiento específico y propio de la lógica formal, aplicado por las ciencias jurídicas a las relaciones intersubjetivas de la vida social. En este sentido, estrictamente jurídico,

es dable referirse a causalidad como lógica-causal.

Sin perjuicio de la distinción, siendo el derecho un sistema, existe entre ambas acepciones una conexidad insalvable, como la que existe entre el método y el objeto. Así, la relación-causal configura la materia misma sobre la que opera la lógica-causal, con la misma finalidad de explicar el real acontecer de los hechos, para poder explicar luego las razones por las que la obligación de reparar el riesgo o daño injustos es atribuida a tal o cual sujeto responsable (factor de atribución).

Esta lógica-causal es aplicada no solo por el juez, al tiempo de la sentencia, sino asimismo por el propio sujeto-agente al tiempo de los hechos. Más tarde o más temprano, lo hará el doctrinario.

El sujeto-agente actúa en la vida civil; el juez, en el procedimiento judicial; el doctrinario, en la soledad de su escritorio. El sujeto-agente debería conocer correctamente la relación causal de los hechos, a fin de no incurrir en un error de causalidad antijurídico que lo haga responsable del riesgo o daño causados. El juez tendrá siempre el deber de resolver en su sentencia sobre el éxito o fracaso del empeño de aquel. El jurista, a su turno, indagará críticamente la relación causal, la lógica causal, la causa jurídica, la atribución de la consecuencia, entre otros aspectos.

Sentado lo expuesto, ha llegado el turno de tratar el concepto de causa. Desde antaño, el derecho ha comprendido que causa es la condición determinante del riesgo o daño acontecidos. Dicho de otro modo, la causa es el hecho o acto de entre la serie concatenada de hechos y actos que configuran la relación causal sin el cual el riesgo ni el daño hubieran acontecido. En otras palabras, causa es la condición idónea o adecuada que opera en la relación causal en grado determinante del riesgo o daño injustos.

El estudio del concepto de causa resulta interesante si lo abordamos desde su devenir histórico, lo cual implica remitirnos al genio romano.

### III. Génesis y evolución

El primer criterio de apreciación de la causa fue la mala fe puesta en práctica. Las tres figuras típicas sancionadas por la Ley Decenviral (*Lex*

XII Tablas, 450-451 a. C.), contumelia, infamia y maleficio, son actos signados por la intención dolosa.

Nada más claro y patente que la directa y perfecta intención de dañar (dolo) del autor del acto u omisión a la hora de valorar su carácter determinante. Sin embargo, nada más elemental y limitado que ello.

Más tarde (*Lex Aquilia*, 286 a. C.), por medio de un plebiscito con fuerza de ley, se admitió como causa al acto u omisión que, sin ser doloso, fuera determinante para la producción de un daño injusto (*“dammum iniuria datum”*), siempre y cuando medie una relación-causal directa (*“corpore corpori datum”*: “cuerpo sobre cuerpo dañado”) entre el acto u omisión y el resultado dañoso, entre la causa y la consecuencia.

Quedó claro, así, que causar un daño de manera directa (patada: *“ictus”*; puñetazo: *“pugnus”*; empujón; golpe o arrojo de objeto contundente; etc.) configuraba, *prima facie*, *“iniuria”*. A partir de allí, todo daño se presume contrario a derecho (*“ius”*), esto es, injusto (*“iniusto”*, hoy se diría antijurídico).

La limitación impuesta por una lógica-causal que exigía, necesariamente, la causa directa, esto es, una acción u omisión sobre otro o sus cosas, perniciosa e injustificada, fue superada mediante la casuística de los jurisprudentes romanos durante los siglos I a III inclusive (Edad de Oro) y receptada siglos más tarde (VI) por el Corpus justiniano (D. L. 9. 2-3) durante la llamada codificación.

Así, por el título segundo del Libro IX, fueron regulados distintos supuestos dañosos con prescindencia del requisito de la causalidad elemental o directa (*“corpore corpori datum”*), cuyo límite infranqueable era el daño con el empleo o arrojo de una cosa contundente (daño “con” la cosa), en los que se inculpó al dueño o guardián del riesgo o daño causados “por” las cosas colocadas o suspendidas (*“positum et suspensus”*) y/o derramadas o vertidas (*“deiectum effusum”*), con fundamento en el error inexcusable de discernimiento (previsibilidad) sobre la regla causal de los hechos, en grado determinante del daño (*“culpa in vigilando”*, *“culpa in eligendo”*).

Como se advierte, un adecuado análisis de la responsabilidad en di-

chos casos debe realizarse necesariamente bajo el prisma de la culpa, puesto que solo resulta posible la formulación de un juicio de valor sobre la conducta y, va de suyo, las cosas no pueden actuar.

Por más buenas razones didácticas que el riesgo o el perjuicio brinden al pedagogo las expresiones “fue causado por la cosa” (ser; inerte) o “por su riesgo o vicio”, no debemos perder de vista que ellas son solo eso, expresiones, que no liberan al juez de su deber de indagar la causa real y profunda del daño que, por debajo del lastre de “cosas”, “riesgos” y “vicios” de la superficie, hallará seguramente en la conducta culposa de alguien.

Por su parte, los supuestos de responsabilidad fueron ampliados en el título tercero del mismo Libro cuando se inculpó al dueño o guardián del riesgo o daño causado “por” sus animales (“*pauperies*”) (“*culpa in vigilando*”); al principal, del riesgo o daño causado “por” su dependiente, mandatario y/o cesionario (“*culpa in eligendo*”); al contratante, del riesgo o daño causado “por” motivo u ocasión del negocio (“*depositum*”; “*locatio-conductio*”; “*hospitium*”) (“*culpa in vigilando*” o “*in eligendo*”, según el caso).

Sin embargo, cabe dejar en claro, el derecho romano nunca reconoció tal modo de atribución, limitándose al análisis de casos varios (Título Tercero; D. 9) para los que halló solución mediante la “*culpa in vigilando*” y “*culpa in eligendo*”, superándose así el valladar que representaba la causalidad directa del “*corpore corpori datum*”.

Pero, aún en estos casos, seguía siendo el obrar u omisión culposa del agente la causa determinante del daño, por lo que no puede afirmarse que el derecho romano haya consagrado una “responsabilidad objetiva” pura o depurada de toda idea de culpa, ni de su lógica.

Sin perjuicio de lo dicho, resulta incontrastable que la evolución de una idea de causa directa hacia otra indirecta allanó el camino hacia la construcción de una lógica de atribución mediata o refleja que hizo posible, en la modernidad posindustrial, la consagración de un sistema de imputación objetivo puro (depurado de la idea de culpa) como el de “causa-estado” u “ocasión”.<sup>538</sup>

---

<sup>538</sup> Cuyo análisis, vital para el desarrollo moderno de la “lógica del seguro”, excede el objeto del presente trabajo.

## IV. Conclusión

Luego de los argumentos expuestos en los acápites precedentes, llegamos a la conclusión de que, para el derecho romano, “no hay responsabilidad sin culpa”, pues, en rigor de verdad, lo que se ha prefigurado como antecedentes de responsabilidad objetiva no es más que una ampliación de la connotación de la culpa, pero sin alterar su sustancia.

Así, el derecho romano no conoció (amén del dolo) otro factor de atribución por fuera del error de discernimiento sobre la relación causal de los hechos, en grado de causa determinante del riesgo o daño injustos, esto es, la culpa.

Sin embargo, merece decirse que el reconocimiento de nuevos modos de imputación culposa (“indirectos”, “mediatos” o “reflejos”) de las consecuencias riesgosas o dañosas del obrar, será el fruto de la ardua elaboración casuística de los jurisprudentes romanos sin la cual hubiera sido inconcebible la consagración por los sistemas jurídicos modernos de una nueva lógica de imputación “objetiva-pura” (depurada de toda idea de culpa) de la obligación de reparar el riesgo y/o daño injustos.

## Bibliografía consultada

- BERTOLINI, F. (1972). *Historia de Roma*. Tomo I. Roma: Editorial del Consejo Superior de Instrucción Pública de Italia.

- BONFANTE, P., FERRINI, C., FADDA, C., RICOBBONNO, R. y SCIALOJA, G. (1931). *Digesta Iustiniani Augusti*. Milano: Valliardi.

- COMENIO, J. A. (1998). *Didáctica Magna*. 8ª edición. México: Porrúa.

- FICHTE, J. (2005). *Fundamento de toda la doctrina de la ciencia*. Pamplona: Editorial Rev. Observaciones Filosóficas.

- GHIRARDI, J. C. (2004). “Síntesis conceptual sobre la evolución del concepto de daño (“*damnum iniuria datum*”, daño injustamente causado) y la responsabilidad extracontractual en el derecho romano”. En *Anuario de Derecho Civil*, N° 9, pp. 121-129. Argentina: Universidad Católica de Córdoba.

- HUSSERL, E (1962). *Lógica formal y lógica trascendental*. México: Editorial del Centro de Estudios Filosóficos de la UNAM.

- MEDINA, G. (2022). “La culpa: Un error de causalidad antijurídico”. En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Año 19, N° 52, Universidad Nacional de La Plata (UNLP).

- MEDINA, G. (2023) “La responsabilidad civil como causa fuente de la obligación de reparar”. En *Rev. RCCyC*, Año IX, N° 1/feb., pp. 252-266, La Ley, Buenos Aires.

- RINALDI, N. y ÁLVAREZ, M. (col.) (2017). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Edictum.

# Los juristas romanos y el uso de la dialéctica clásica

---

Por Germán Giarrocco<sup>539</sup>

## I. Introducción

El presente trabajo tiene por objetivo indagar en el uso de la dialéctica por parte de los juristas romanos.

En efecto, al analizar la labor de Guzmán Brito se advierte solo la construcción de estructuras lógicas dialécticas en función problemática por parte de casi todos los juristas del período clásico romano (27 a. C. – 284 d. C.), con excepción de Gayo. Posteriormente se analizará la ventaja de la mencionada excepción.

A efectos de lograr una mayor comprensión resulta menester explicar *prima facie* qué es la dialéctica y cuáles son sus fines, pues solo comprendiendo el *eidos* del objeto de estudio podemos verificar los objetivos propuestos.

Etimológicamente el término dialéctica deriva del verbo *dialégo*, que en voz pasiva quiere decir dialogar, discutir, razonar.

---

<sup>539</sup> Abogado. Docente en la asignatura Derecho Romano en la Universidad de Buenos Aires y autor de numerosos trabajos científicos en la materia.

La terminación *ika* se emplea para distinguir un arte o una especialización del conocimiento. De ahí que la dialéctica es el arte de dialogar, discutir, o argumentar. A la vez, la preposición “día” hace referencia a “vía”, pues la dialéctica se trata de un curso del pensamiento.

En virtud de lo expuesto, podemos definir a la dialéctica como un arte, una técnica o una ciencia cuyo objeto es el pensamiento en movimiento o en tanto está en movimiento.<sup>540</sup> La dialéctica es una rama de la lógica con fines múltiples, toda vez que puede emplearse en pos de la investigación, de la preparación del discurso y de la didáctica.

## II. La dialéctica en los juristas romanos

Como cuestión preliminar debemos tener en cuenta que en el derecho romano ya existían construcciones dialécticas en etapas históricas anteriores a la influencia helenística.<sup>541</sup> Fue la dialéctica empleada por los *iuris prudens* la que le dio al derecho su grado máximo de evolución como ciencia.<sup>542</sup> Se pueden apreciar numerosas herramientas dialécticas en el pensamiento de los juristas romanos, pudiendo mencionar algunas de ellas a título ejemplificativo tales como “género y especie”, “quien puede lo más puede lo menos”, “causa y efecto”, “*priore in tempo priore in iure*”, “la triple identidad sujeto, objeto, *causa pretendi*”.

Asimismo, resulta menester considerar que los juristas romanos aplicaron la lógica de las preposiciones (conjunción, disyunción, e implicación) toda vez que los mismos han recibido la influencia de los estoicos. Pero también incurrieron en el constante uso de la lógica de

---

<sup>540</sup> LAMAS, F. (2008). La dialéctica Clásica. La lógica de la investigación. Buenos Aires: Instituto de estudios filosóficos Santo Tomás de Aquino, pp. 11-12.

<sup>541</sup> GUZMÁN BRITO, A. (2008). “La Tópica o Dialéctica en la Ciencia de los Juristas Romanos”. En *La dialéctica Clásica. La lógica de la investigación*, Buenos Aires: Instituto de estudios filosóficos Santo Tomás de Aquino, pp.108-113

<sup>542</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 86.

los términos provenientes del pensamiento aristotélico.<sup>543</sup> Además, los mencionados juristas tuvieron en cuenta los razonamientos por aporías y pseudónimos, el razonamiento circular y la doble negación.<sup>544</sup>

Otro hecho evidente es que estos constructores del derecho conocían la técnica de Sorites, por la cual se infiere que si una parva de granos hace ruido al caer, un solo grano también debe hacerlo, aunque no se perciba sensorialmente. De esto se infiere que si el conjunto de elementos produce un determinado efecto, uno solo de los elementos que forma el conjunto también produce ese efecto en forma proporcional. Claro está que dicha técnica se aplicó con las limitaciones propias de la ciencia jurídica.

No obstante las premisas esbozadas, lo cierto es que los juristas romanos abordaron la dialéctica desde la función problemática —a excepción de Gayo como veremos más adelante— con el fin de dotar a las ciencias jurídicas de soluciones a los diferentes casos concretos que la vida en comunidad presentaba a los hombres.<sup>545</sup>

Se puede atribuir la considerable primacía de la aplicación del método dialéctico en la función problemática por parte del hombre de leyes en Roma a la mentalidad práctica típicamente latina, lo cual bien puede ser objeto de otro trabajo.

Sin perjuicio de lo mencionado *ut supra*, los juristas romanos tenían algunas construcciones sistemáticas no dialécticas edificadas a partir de las distintas materias que trataban, pero no existió en sí una construcción sistemática dialéctica más allá de la creación de algunos pocos conceptos y divisiones.<sup>546</sup>

A todo evento, se evidencia en la *aequitas* la clave en torno a la cual giran las mencionadas construcciones sistemáticas no dialécticas toda vez que en la concepción latina esa *aequitas* es el mismo derecho.

Los romanos carecieron de una concepción filosófica sistemática, a diferencia de los helénicos. No obstante, la influencia griega se evidencia

---

<sup>543</sup> GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, p. 111.

<sup>544</sup> *Ibidem*.

<sup>545</sup> *Ibidem, op. cit.*, pp. 108-113.

<sup>546</sup> *Ibidem*.

en la cultura latina por cuestiones históricas que resultan plenamente conocidas. Es por ello que la matriz socrático-platónica y aristotélica, como así también la aportación ciceroniana, determinaron los lineamientos del pensamiento romano en todos sus ámbitos, incluso en el derecho, pese a la falta de sistematización.

### III. La excepción en el caso de Gayo

Poco conocemos sobre el jurista que pasó a la historia con el nombre de “Gayo”. Existen varias teorías sobre su persona, pero carecemos de fundamentos lo suficientemente sólidos como para afirmar una mera aproximación a la verdad.<sup>547</sup> Existen hipótesis que ponen en duda la existencia de este individuo, afirmando que sus obras fueron producto de una multiplicidad de autores.

También están quienes sostienen que Gayo era una mujer que escribió bajo un seudónimo. Lo más cercano que sabemos es que sus creaciones jurídicas provienen del Asia Menor, territorio sometido al poder político del Imperio en los tiempos del Principado.<sup>548</sup>

Siguiendo a Moncayo Rodríguez,

Gayo fue poco conocido en su época, prueba de ello resulta el no ser citado por ninguno de los jurisconsultos a él contemporáneos (Africano, Pomponio), a pesar de que era común esa práctica entre los juristas romanos. Es generalizada la opinión que considera que vivió durante el siglo II de nuestra era, probablemente nació durante el mandato de Trajano (98-117) y murió poco después del año 178 bajo el gobierno de Cómodo (180-192). Esto se deduce de dos interesantes testimonios, el primero resulta de un fragmento del Digesto (34. 5.7 pr), en donde Gayo se refiere al caso de una mujer llamada Alejandrina

---

<sup>547</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, R, y LÓPEZ MUÑOZ, M. (2012). *Gayo y el aprendizaje del Derecho Romano*. Madrid: Dykinson, pp. 18 y ss.

<sup>548</sup> GUARINO, A. (1981). *Storia del diritto romano*. Nápoli: Jovene, pp. 442 y ss.

que conjuntamente con sus quintillizos comparece ante el emperador Adriano (117-138), manifestando el jurista que ello ocurrió *nostra aetate* (en nuestro tiempo). Con lo que hace pensar que Gayo era contemporáneo de aquel.<sup>549</sup>

Ahora bien, pese a las diferentes teorías sobre el individuo no podemos desconocer que la construcción teórica del autor más importante fueron sus Institutas. Dichas Institutas contienen un evidente empleo de la dialéctica en función sistemática.

Guzmán Brito nos demuestra al respecto que las Institutas evidencian una clara sistematización dado que el texto

comienza el comentario primero con la partición de todo el Derecho Romano en Civil y de Gentes; sigue con una nueva partición del derecho Civil romano en leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones imperiales, edictos, y respuestas de los juristas; cada parte es definida; y continúa con una tercera partición en derecho perteneciente a las personas, a las cosas y a las acciones. Esta última partición determina la sistemática de toda la obra.<sup>550</sup>

La mencionada obra puede situarse en una línea muy constante de manuales sistemáticos de la época helenística,<sup>551</sup> por lo que podemos inferir que el pensamiento de raigambre aristotélico fue determinante para Gayo.

Siguiendo este razonamiento, encontramos que en la tópica, que Aristóteles afirma como elementos del silogismo dialéctico la definición, lo propio, el género y el accidente,<sup>552</sup> se puede determinar en base a lo expuesto que el jurista clásico empleó los tres primeros para construir sus Institutas

Entre Aristóteles y Gayo seguramente medió Marco Tulio Cicerón,

---

<sup>549</sup> MONCAYO RODRÍGUEZ, S. (2003). "Gayo y su obra". En *Letras Jurídicas*, Volumen 7, Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad, Universidad de Veracruz.

<sup>550</sup> GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, p. 114.

<sup>551</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, p. 113.

<sup>552</sup> ARISTÓTELES (1967). *Tópicos*. Capítulo V. Traducción de P. Saramach. Madrid: Aguilar, p. 420-421.

quien no solo transmitió la filosofía griega en Roma, sino que además impregnó su aporte en la misma conforme lo mencionado precedentemente al tratar este autor. De hecho, se observa a lo largo de la metodología empleada por Gayo la diferenciación entre las cuestiones de hecho y de derecho en su permanente contraste.

Estas consideraciones nos permiten apreciar la existencia de un eje del pensamiento dialéctico temporalmente ordenado: Platón-Aristóteles-Cicerón-Gayo.

#### IV. La importancia del aporte de Gayo en la actualidad

En base al panorama expuesto debemos plantear una pregunta: ¿se pudo haber aprehendido el derecho romano sin la construcción sistemática dialéctica de las Institutas de Gayo? En este orden de ideas, me adelanto a optar por la negativa en base al razonamiento que realizo a continuación.

Como sabemos, la dialéctica como rama de la lógica no es solo una herramienta del hombre para realizar las construcciones teóricas que crea pertinentes, o un instrumento empleado en armonía con la retórica para debatir y mejorar los estándares del raciocinio a efectos de aproximarse a la verdad, tal como lo plantea Platón.

La dialéctica es, además, un medio al servicio de la didáctica, una vía que nos permite transmitir el conocimiento a lo largo del tiempo, garantizando que el saber alcanzado en una época histórica determinada penetre en las almas de las generaciones venideras.

En concordancia con la premisa mencionada, cabe tener en cuenta que las Institutas de Gayo fueron textos empleados con fines didácticos.

Di Pietro nos explica que en los programas de estudio del primer año en las escuelas de derecho de Roma, Constantinopla y Berytus (actual Beirut) se estipulaba que los alumnos estudiaran gran parte de las Institutas de Gayo para luego pasar a textos más complejos.<sup>553</sup>

---

<sup>553</sup> DI PIETRO, A. (2014). *Manual de Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 41-42.

La construcción sistemático-dialéctica empleada en las Institutas de Gayo, en base al pensamiento aristotélico, es receptada por Justiniano en la recopilación del derecho romano que éste le encargó a la comisión de juristas encabezada por Triboniano y Juan de Capadocia, recopilación que un milenio más tarde Dionisio Godofredo denominó *Corpus Iuris Civile*.

Incluso el Libro de las Institutas (en el cual se encuentran los textos didácticos de los más celebres juristas) que fue incorporado en la recopilación justiniana tenía fines puramente didácticos, revistiendo principal importancia las Institutas de Gayo. Se trata de un texto de fácil lectura, que permite al principiante entender la estructura básica de la ciencia jurídica, para luego adentrarse en el estudio del Digesto.

La eficacia didáctica de las Institutas de Gayo se debe netamente a la construcción sistemático-dialéctica que dichos textos poseen, pues toda sistematización (que en derecho solo puede alcanzarse por medio de la dialéctica) permite al lector penetrar con mayor facilidad en la esencia de un conocimiento determinado.

Encontramos una analogía perfectamente viable con el esquema planteado en la historia académica relativa al desarrollo de la ciencia jurídica en nuestro país. En tal sentido, el estudio del derecho se estructuraba en Argentina hasta la década de 1910 en base al método exegético, hasta que se produjo una verdadera revolución en el seno de la casa de altos estudios de Buenos Aires, cuando los académicos alcanzaron la sistematización del objeto de estudio, siendo un claro ejemplo de esto la publicación del primer *Tratado de Derecho Civil, Parte General* de Salvat.

Siguiendo la línea de razonamiento hasta aquí planteada, también hay que destacar que el aporte de las escuelas de los glosadores y de los comentaristas –de raigambre dialéctica– no hubiese revestido tal magnitud si los principales exponentes de estas corrientes no hubiesen accedido a los contenidos de las Institutas.

Se evidencia incluso una correspondencia entre la sistematización dialéctica de los textos de Gayo y las conceptualizaciones, clasificaciones y

divisiones que los bartolistas edificaron en base al método escolástico.

Y no solo la sistematización de las Institutas nos permitió aprehender el derecho romano, sino también emplear los contenidos de ese derecho para realizar nuevas definiciones y clasificaciones, en pos de la evolución de la ciencia jurídica a lo largo de los siglos, siendo dos ejemplos medulares las nociones de sujeto y objeto de derecho, como así también la división de derechos reales y personales.

Las nuevas sistematizaciones que nacieron con el pensamiento medieval, a raíz de la transformación de los contenidos del derecho romano, son sin dudas un ejemplo de la misma evolución de la ciencia jurídica por medio del método dialéctico, entendido como pensamiento en movimiento.

En conclusión, podemos afirmar que el método sistemático-dialéctico de la obra de Gayo fue una de las razones por la que el derecho romano fue exitosamente transmitido a lo largo de la historia occidental.

# El rol de la buena fe del constructor en suelo ajeno en los casos de la accesión de cosa mueble e inmueble en el derecho romano justinianeo

---

Por Joao Alfredo Jiménez Salas<sup>554</sup>

## I. Introducción

La accesión es un modo de adquisición originaria de la propiedad reconocida en las más importantes codificaciones civiles modernas y que, por influencia de éstas, ha sido reconocida también en otras codifica-

---

<sup>554</sup> Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Maestrando en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de cátedra de los cursos de Seminario de propiedad y garantías reales, Seminario de Derecho Civil y Procesal Civil y Derecho de los Contratos - Parte Especial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán de la misma universidad. Agradezco a la profesora Elvira Méndez Chang por sus invaluable enseñanzas impartidas en el curso de Derecho Romano en la Maestría de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, sin sus exigentes estándares, férrea disciplina y vocación por la enseñanza este trabajo no habría sido posible.

ciones inspiradas en dichos cuerpos legales. Sus orígenes se remontan hasta el derecho romano y sus manifestaciones se encuentran presentes en normas romanas tan antiguas como la Ley de las XII Tablas, pasando por etapas intermedias como las Institutas de Gayo hasta la compilación justiniana,<sup>555</sup> y su presencia en todas estas normas –correspondientes a distintas etapas de la evolución jurídica, política y social de Roma– se debe al reconocimiento de una máxima trasversal a toda la regulación de las cosas: “*superficies solo cedit*”, arraigada en la tradición romana,<sup>556</sup> la cual contará con diversas manifestaciones, consecuencias y excepciones en función a los intereses que se busquen proteger, tal cual lo veremos en este trabajo.

La importancia del estudio de las fuentes romanas justinianas en el caso de la accesión se verá reflejada en una cabal comprensión de la institución, la cual, pese a ser contada al día de hoy como una de las formas de adquisición originaria de la propiedad, no siempre cumplió exclusivamente con ese rol, ya que las fuentes estudiadas reconocían, en algunos casos, la posibilidad de recuperar las cosas muebles que habían sido usadas en la construcción en una cosa inmueble. Esto nos permite descartar la existencia de una adquisición inmediata del dominio de las cosas muebles. Asimismo, apreciaremos cómo el rol que la buena fe del constructor en suelo ajeno es fundamental para el establecimiento de un medio de tutela mediante una excepción o de una sanción. En este caso, la buena fe es un indicador para establecer límites a una aplicación irrestricta de la máxima “*superficies solo cedit*”.

El presente trabajo intenta resolver un problema en concreto, el cual puede ser ilustrado en la siguiente pregunta: en los casos de accesión de cosas muebles a cosas inmuebles, ¿qué consecuencias jurídicas tendría la conducta del constructor en la aplicación de la excepción de dolo malo? Para responder a dicha interrogante hemos formulado la siguiente hipótesis, debidamente sustentada en fuentes romanas justinianas.

---

<sup>555</sup> Es importante señalar que, por razones metodológicas que serán explicadas posteriormente, el presente trabajo se centrará en el análisis de fuentes Justinianas.

<sup>556</sup> ZAERA GARCÍA, A. (2008). “*Superficies Solo Cedit*”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 12, La Coruña, p. 1010.

nianas. En los casos de accesión de cosas muebles a cosas inmuebles, la conducta del constructor, entendida como el conocimiento o desconocimiento de la condición ajena de la cosa, era determinante para la aplicación de la excepción de dolo malo, ya que en los casos en los que el constructor no conocía que la cosa era ajena podía repeler al dueño del suelo mediante la excepción de dolo malo si éste se negaba a pagarle los materiales con los que construyó y los jornales de los operarios, mientras que en el caso de que el constructor haya conocido que la cosa era ajena la excepción de dolo malo no era admitida (D. 41. 1. 7. 12).

La hipótesis planteada se encuentra sustentada con fuentes romanas tomadas directamente del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Dicha elección metodológica se encuentra respaldada en dos razones. La primera es que la compilación justiniana es la fuente romana más completa con la que se cuenta a la fecha, siendo las otras fuentes (Leyes antiguas, obras de juristas, entre otros) conocidas solo por medio de la compilación o no recuperadas en su integridad, y la segunda razón es que el *Corpus Iuris Civilis* es la fuente que mayor influencia ha tenido en el desarrollo de las legislaciones actuales, las cuales deben ser entendidas contextualmente a fin de evitar remisiones innecesarias al derecho romano que podrían provocar anacronismos.

## II. La accesión de cosa mueble a inmueble en el derecho romano justiniano

En el derecho romano justiniano se adquiría el dominio de una cosa por las reglas del derecho civil o por las reglas del derecho de gentes, el cual era el derecho que, por la razón natural que se observaba por igual entre todos los hombres (D. 41. 1. 1. pr), esta bipartición en los modos de adquisición de la propiedad fue recogido en las obras de juristas influyentes en las primeras grandes codificaciones modernas. Así, Pothier, uno de los principales autores que fueron tomados como fuente doctrinal para la elaboración del Código Civil francés de 1804,

sostenía que “los modos de adquirir el dominio de propiedad de una cosa por el derecho natural y de gentes se reducen a tres: la ocupación, la accesión y la tradición”.<sup>557</sup>

En efecto, se sostiene con razón que “el problema de la accesión fue considerado en el derecho romano desde el punto de vista del derecho de propiedad”.<sup>558</sup> Así, en el Libro Cuadragésimo Primero del Digesto se regula a la accesión señalando que el dominio de una cosa se adquiere por las extensiones de tierra, que por aluvión se agregan a nuestro dominio (D. 41. 1. 7. 1) la porción de tierra ajena arrancada por el río y agregada a un fundo propio que se une por las raíces antes de que el dueño de la parte arrancada reclame su propiedad (D.41.1.7.2). Así también se adquiere el dominio de las cosas muebles ajenas que se usaron para una edificación en suelo propio cuando se pague el duplo de su valor (D. 41. 1. 7. 10), el dueño del suelo adquiere el dominio de lo edificado en su suelo, cuando el constructor conocía que el suelo era ajeno (D. 41. 1. 7. 11) (I. 2. 1. 30), el dueño del suelo adquiere el dominio de lo edificado en su suelo (D. 41. 1. 7. 12) (D. 43. 17. 3. 7) (I.2.1.29). De la misma manera, la planta sembrada en suelo ajeno cuando echa raíces, lo mismo el árbol del inmueble vecino que echa raíces en un suelo distinto al del propietario del árbol (D.41.1.7.13) y el trigo propio sembrado en fundo ajeno (D.41.1.9).

Todos estos diversos escenarios de adquisición del dominio de una cosa que se inserta en una cosa inmueble son catalogados como escenarios de “accesión”. Sin embargo, en el derecho romano justiniano no se conceptualizó ni sistematizó a los modos de adquisición de la propiedad, según el derecho de gentes. Aun así, en el Digesto todos estos escenarios de accesión fueron regulados en un mismo título, y en muchos de ellos se puede apreciar que de manera previa a la enunciación de la regla se incluye el término “igualmente” o “del mismo modo”, lo que

---

<sup>557</sup> POTHIER, R. (1882). *Tratado del Derecho de Dominio de Propiedad*. Tomo VII. Madrid: Librería de V. Suárez, p. 19.

<sup>558</sup> SLATER, R. (1959). “Accessio, specificatio and confusio: Three skeletons in the closet!” En *The Canadian Bar Review*, Vol. XXXVII, N° 4, Ottawa, p. 597.

demuestra una forma de presentar “tipos adquisitivos que no difieren sustancialmente entre sí”.<sup>559</sup>

La agrupación de los casos señalados bajo el rótulo de “accesión” se debe a la obra posterior de los glosadores medievales que definieron a la accesión como una forma de adquisición de la propiedad.<sup>560</sup> Posteriormente, esta forma de entender a la accesión sería tomada por los juristas racionalistas que influyeron en las primeras codificaciones civiles europeas, que señalaron que la accesión es una forma de adquirir la propiedad mediante la cual “el dominio de todo lo que es accesorio y una dependencia de cierta cosa corresponde de absoluto derecho a quien la cosa pertenece”.<sup>561</sup>

Esta definición, inexistente en el derecho romano, sería incorporada en las codificaciones modernas, como en el artículo 552 y siguientes del Código Civil francés de 1804. Sin embargo, el profundizar la recepción de las fuentes romanas por las codificaciones modernas no es propósito de este trabajo. Continuando entonces con el estudio de las fuentes justinianeas, podemos indicar que la accesión producía una unión resultante de dos o más cosas distinguibles pertenecientes a distintos titulares, en donde “la cosa accesorio pierde su identidad ante la cosa principal, que la mantiene”.<sup>562</sup>

Así, la accesión se diferencia de otras instituciones como la “confusión” en que, mientras ésta implicaba la mezcla de dos o más cosas de la misma especie, de modo que éstas pierden su individualidad, tal como ocurre cuando dos personas se ponen de acuerdo para mezclar vino o metales haciendo que el resultado se vuelva común (D. 41. 1. 7. 8), la accesión implicaba que la cosa accesorio perdía su individualidad frente a la cosa principal. Esta conexión entre secundario y principal es la distinción entre otras adquisitivas de la propiedad.<sup>563</sup>

---

<sup>559</sup> LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, F. (2007). “La formación histórica del modo de adquirir denominado accesión”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, Valparaíso, p. 65.

<sup>560</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 66.

<sup>561</sup> POTHIER, op. cit., p. 110.

<sup>562</sup> PLISECKA, A. (2006). “Accessio and specificatio reconsidered”. En *The Legal History Review*, Nº 74 (1-2), Países Bajos, p. 46.

<sup>563</sup> ORZIKH, Y. (2016). *Introduction to the Roman Private Law*. Odesa: Feniks, p. 30.

En el caso de la especificación tampoco aparece como término en las fuentes romanas, pero es usada para agrupar a todos aquellos conceptos que, en las fuentes, hacían alusión a la realización de una obra o creación con materiales ajenos. En este caso, también hay una diferencia con la accesión, pues en la especificación no existen un bien principal y uno accesorio, sino uno o más materiales (sin una importancia específica) de los cuales resulta una obra.

Se cuestiona sobre si la accesión fue considerada en las fuentes romanas como un mecanismo de adquisición de la propiedad. Se indica que en la especificación en realidad “el dueño de lo principal no adquiere la propiedad de lo accesorio, pues no constituye un objeto de propiedad separada sino parte de lo principal”,<sup>564</sup> y que el espectro de aplicación de la propiedad crece uniendo a lo accesorio, en lugar de existir propiedad sobre dos bienes diferentes.<sup>565</sup> Siguiendo con lo indicado, la profesora Plisecka refiere que Paulo (D. 41. 1. 26. 1) señala que en la cosa accesorio “cede al todo”, tal como ocurre con los materiales a un edificio.

Nos permitimos discrepar de lo antes indicado, pues consideramos que la “ampliación del espectro de la propiedad” –en términos de la profesora en mención– constituye la adquisición de la propiedad accesorio, solo que ésta se une (accede) a la principal. Sin embargo, consideramos que en las fuentes romanas la adquisición de la propiedad no es inmediata, contrariamente a lo que podría admitirse el día de hoy, sino que en algunos casos se conserva la propiedad del bien accesorio, pese a que está inserto en el bien principal.

Pensemos, por ejemplo, en el caso de los edificios que son construidos con materiales ajenos. El Digesto brinda una solución que podría, en principio, parecer contradictoria ya que indica que “cuando uno hubiere edificado en lugar suyo con materiales ajenos, se entiende que el mismo dueño lo es del edificio porque todo lo que en él se edifica cede al suelo (...)” (D. 41. 1. 7. 10). Esta primera afirmación nos conduce

---

<sup>564</sup> PLISECKA, *op. cit.*, p. 46.

<sup>565</sup> *Ibidem.*

a pensar que la propiedad se adquirió inmediatamente, ya que bastaría con ser titular del suelo para serlo también del edificio, y que éste “cedió” al suelo sobre el cual fue erigido. Sin embargo, continua el Digesto señalando que “(...) más el que fue dueño de los materiales no por eso dejó de ser dueño de ellos, sino que no puede reivindicarlos mientras tanto, ni ejercitar respecto de ellos la acción de exhibición por virtud de las Doce Tablas, que dispone que nadie sea obligado a quitar la viga ajena puesta en su casa sino a pagar por ella el duplo” (D. 41. 1. 7. 10).

Esta siguiente disposición parece entrar en conflicto con el primer fragmento transcrito, pues mientras éste disponía que se adquiría la propiedad del edificio (entendiéndose también los materiales con los que se construyó), el segundo fragmento dispone que el que fue dueño no por eso dejó de ser dueño de ellos (lo que parece sonar incluso a un oxímoron), sino que no puede ejercitar la acción exhibitoria. Sigue la cita, señalando que: “(...) luego, si por cualquier causa se arruinó el edificio, podrá el dueño de los materiales reivindicarlos entonces, y ejercitar la acción de exhibición” (D. 41. 1. 7. 10).

Tratemos de ordenar las partes del fragmento citado, a fin de brindar una propuesta interpretativa. En primer lugar, las fuentes romanas señalan que se entiende que una cosa se perdió cuando no existe acción para perseguirla (D. 50. 16. 13. 1), por lo que se puede entender, como regla en contrario, que si se conserva una acción se asume que no se ha perdido del todo la cosa. Sin embargo, la acción, como indican las fuentes, no es la cosa en sino menos que ésta (D. 50. 17. 204). Este análisis nos permite concluir que la conservación de la acción implica que no se pierde inmediatamente la propiedad de la cosa que se insertó en el inmueble ajeno. No obstante, el Digesto indica también que las acciones reivindicatoria y exhibitoria no podrán ser ejercitadas mientras los materiales se inserten en el edificio y, por el contrario, si el edificio se destruye los materiales podrán ser reclamados. Asimismo, las fuentes exigen que el titular del edificio pague el duplo del valor de los materiales ajenos. En ese caso, podremos entender que el dominio de los materiales se pasa al dueño del suelo.

En ese sentido, puede concluirse que la transferencia del dominio de la cosa accesoria no es inmediata. En el caso específico de construcciones con materiales ajenos, apreciamos que el dominio de la cosa accesoria se conserva hasta que la cosa se destruya y pueda reivindicarse y exhibirse el material o hasta que se pague el duplo del valor de los materiales a su propietario.

Se entiende también que la unión de lo accesorio a lo principal está presente a lo largo de diversos pasajes de las fuentes justinianas, lo que ha permitido a la doctrina extraer un principio general denominado “*superficies solo cedit*”, en alusión a un pasaje de las fuentes dedicado a la accesión de una cosa mueble a una inmueble que disponía que la superficie cede al suelo. Esta máxima sintetizaba la “realidad misma de las cosas”<sup>566</sup> apreciada por los juristas romanos al establecer que los inmuebles no podían ser desligados del suelo.

La máxima “*superficies solo cedit*” no era aplicada de manera irrestricta y tenía claras limitaciones en los casos en los que el bien mueble podía ser removido o su finalidad no era la de unirse de manera permanente a la cosa principal. De tal manera, no se admitía que determinadas cosas como las estatuas unidas a sus pedestales de fábrica, tablas ligadas con cadenas o unidas a la pared y candelabros se unan al edificio principal, dado que su finalidad no era la de permanecer en el edificio sino servir de ornato en la cosa (D. 50. 16. 245), además de poder ser removidos. Distinta era la situación de los vestíbulos de las casas, los cuales se consideraban unidos a estas (D. 50. 16. 245. 1). En el caso de las cosas que cumplían una finalidad importante en el edificio y que no podían ser removidos, fácilmente se entendía que existía accesión. Tal es el caso del plomo colocado en los tejados de un edificio, el cual se entendía unido a la construcción, mientras que el plomo que se colocaba en los pasillos, al ser removible, no lo era (D. 50. 16. 242. 2). Las construcciones de naturaleza temporal y desmontable como las tarimas que se instalaban en

---

<sup>566</sup> CALORE, E. (2022). “*Superficies solo cedit*: il legame naturale tra superficie e suolo nel diritto romano e la scelta dei codificatori latinoamericani del XIX secolo sul diritto di superficie e sulla proprietà orizzontale”. En VELÁZQUEZ ARROYO, L. y ADAME GODDARD, J. (coord.). *Estudios de Derecho Romano y Derecho Civil desde una perspectiva histórica, comparativa y práctica*. México: Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 130.

las casas en verano y eran retiradas en el invierno no se unían al bien, al no tener naturaleza permanente en la construcción (D. 50. 16. 242. 4).

Notamos la relevancia de la funcionalidad de la cosa accesoria para ser unida a la cosa principal, pues, si ésta era separable o su fin era meramente decorativo no era considerada como idónea para los fines de la accesión. Sin embargo, si la cosa accesoria revestía importancia para la cosa principal era apta para unirse mediante la accesión. Este criterio para la accesión nos recuerda a otra máxima de las fuentes romanas con un contenido claramente económico, que señala que para el derecho civil eran considerados bienes aquellos que presentaban más ventajas que perjuicios (D. 50. 16. 83).

El reconocimiento de la accesión de una cosa accesoria en una principal cumple una finalidad importante en el derecho romano, pues mediante ésta no solo se protegían intereses económicos, como el del titular de la cosa principal que unía la titularidad de la cosa accesoria, sino intereses sociales. De esta manera se buscaba evitar conflictos entre el dueño de la cosa accesoria y el dueño de la cosa principal, como los que podrían devenir en caso se reconociese que, en el caso de construcciones con materiales ajenos, se pudiese reivindicar los materiales usados en la construcción, pero sin desproteger al dueño de los mismos, reconociéndole el doble del valor.

Finalmente, la regulación de la institución de la accesión y la consecuente existencia de la máxima de *“superficies solo cedit”* no implicaba que, en todos los casos y de manera irrestricta, se pudiese unir la propiedad de lo accesorio a lo principal, sino que las propias fuentes justinianas reconocían escenarios en los que, por la funcionalidad del bien, era preferente que lo accesorio ceda a lo principal.

### **III. La regla general para las construcciones sobre suelo ajeno en el derecho romano justiniano**

En el derecho romano justiniano podemos encontrar que existen reglas expresas para solucionar los problemas relativos a la construcción

en suelo ajeno. Estas soluciones contemplan tanto el escenario en el cual el dueño del suelo es el que construye con materiales, como aquel en el cual es un tercero no titular del suelo el que efectúa la edificación.

Debemos partir del hecho de que las construcciones en suelo ajeno son escenarios de accesión, por lo que se encuentran regidas transversalmente por la máxima “*superficies solo cedit*”, la cual puede ser extraída de diversos pasajes del *Corpus Iuris Civilis*. Sin embargo, la máxima enunciada encontrará excepciones dependiendo de circunstancias particulares de las edificaciones en suelo, tales como si el titular del suelo es el constructor y la buena fe de éste.

Las reglas sobre la accesión de lo construido en suelo ajeno se rigen por lo normado en el Título Primero del Libro Cuadragésimo Primero del Digesto. Así, se indica que cuando el dueño del suelo construye con materiales ajenos en su propiedad (D. 41. 1. 7. 10), lo edificado cede ante el suelo, lo cual es una manifestación de la máxima “*superficies solo cedit*”.

Esta primera regla no debe ser entendida, tal como se ha indicado, como una adquisición inmediata de la propiedad de los materiales ajenos, ya que el Digesto añade que el dueño de los materiales no los pierde, por el contrario, las acciones reivindicatoria y exhibitoria quedan relegadas en tanto que los materiales se encuentren unidos al edificio (D. 41. 1. 7. 10).

La acción de exhibición consistía en la puesta en presencia de la cosa tenida en posesión de quien era demandado (D. 50. 16. 246), es decir, era enseñada al accionante la cosa reclamada, mientras que en la reivindicación se entendía que debía entregarse o restituirse la cosa (D. 50. 16. 246. 1). Ciertamente, la restitución era comprendida como una vía de tutela más completa que la de la exhibición (D. 50. 16. 22). Sin embargo, las fuentes, para referirse a la accesión del edificio, comprendían la suspensión de ambas acciones en tanto el material se encuentre unido. En doctrina se indica que “el principio *superficies solo cedit* operaba solamente respecto al edificio en su completitud, y no también respecto a los materiales utilizados para la construcción” (Pasquino, 2011: 89).

El Digesto señala que esta regla proviene de la Ley de las Doce Tablas, la cual establecía que nadie podía ser obligado a quitar la viga ajena puesta en su casa sino a pagar el duplo del valor de la misma. Las fuentes aclaran que cuando se hace mención al término “madero” no se refiere, exclusivamente, a un madero que se “empotra” en un edificio (D. 50. 16. 242. 1), sino a todos los materiales con los que se construyen los edificios (D. 41. 1. 7. 10), en el mismo sentido, se indica que la palabra “*tignum*” (madero) referida en la Ley de las Doce Tablas como todo género de materiales que constan en los edificios (D. 50. 16. 62).

Esta disposición, originalmente presente en la Ley de las Doce Tablas, puede ser entendida como un caso en el que una regla prevista para una situación en concreto podía verse ampliada en su ámbito de aplicación para comprender una amplia gama de escenarios, ya que se consideraba como “madero” a los materiales de construcción. Asimismo, en otros pasajes del Digesto podemos apreciar definiciones que no podían ser asimiladas al “*tignum*” (madero), como el carbón, que no es madera (D. 50. 16. 167), pero sí los palos y pértigas que no podían ser considerados como leña (D. 50. 16. 168).

Asimismo, el Digesto señala de manera enunciativa los diferentes tipos de materiales que podían ser incluidos dentro del término “madero”, tales como tejas, piedras, ladrillos, la arena, la cal, los palos, los rodrones y toda cosa útil a los edificios (D. 47. 3. 1. 1). Esta extensión conceptual de la palabra “madero” se debe, según explican las fuentes, a que “*tignum*” deriva de “*tegere*” (cubrir) (D. 47. 3. 1. 1) y con los materiales se cumpliría la misma función en el edificio.

Un caso semejante de extensión de los ámbitos de aplicación de una norma lo podemos encontrar en el pasaje del Digesto que señala que cuando se hace referencia a “obreros carpinteros” no se está enunciando únicamente a aquellas personas que desbastan la madera, sino en general a cualquier trabajador que labora en un edificio (D. 50. 16. 235. 1). Esta ampliación sigue el mismo propósito que el de “madero”, esto es, regulan una serie de situaciones con una norma que primigeniamente estaba pensada para un supuesto de hecho concreto pero que, al seguir siendo útil, requirió ser actualizado.

El sentido de la prohibición de retirar la viga puesta en el edificio encuentra su sentido en la protección de intereses generales urbanísticos y agrícolas a efectos de “evitar la destrucción de edificios y viñas”.<sup>567</sup> Asimismo, la profesora refiere que según descubrimientos arqueológicos realizados en torno al monte Palatino se descubrió que las maderas de una casa eran sostenidas por una viga central, lo que explica la importancia de no retirar las vigas,<sup>568</sup> incluso si eran ajenas. Las propias fuentes confirman este planteamiento pues señalan que la Ley de las Doce Tablas introdujo la prohibición para evitar que “no se demoliciesen los edificios, o se perturbe el cultivo de las viñas” (D. 47. 3. 1).

La norma de accesión del edificio al suelo no distingue entre los distintos tipos de edificios que se encontraban contemplados en las fuentes, los cuales podían ser clasificados en edificios urbanos, también llamados casas (*aedes*), y los edificios rústicos o casas de campo (D. 50. 16. 211). Esta ausencia de distinción nos lleva a concluir que la accesión operaba tanto para los edificios rústicos como para los urbanos, lo mismo que el suelo, el cual podía ser urbano (*solar*) o rústico (*fundo*) (D. 50. 16. 211).

En caso de que el edificio construido se arruine, es decir, se destruya, el titular de las cosas ajenas podría reclamarlas y valerse de la acción exhibitoria y reivindicatoria. Estas acciones no se veían limitadas en caso de que el edificio fuese vendido por el dueño del suelo a un tercero, el cual, pese al paso del tiempo, no adquiriría el dominio de las cosas ajenas con las cuales se edificó el edificio que se unió al suelo (D. 41. 1. 7. 11).

La adquisición del dominio de una cosa por el paso del tiempo o usucapión es reconocida por el Digesto (D. 41. 3. 3). Sin embargo, esta forma de adquisición del dominio se encuentra proscrita a las cosas cuya posesión se gana mediante el hurto, de modo que el que sustrajo la cosa de su verdadero dueño no podrá valerse de la usucapión para volverse el nuevo dueño (D. 41. 3. 4. 6). Consideramos que este fundamento que prohíbe la adquisición de las cosas ajenas que han sido adquiridas de mala fe está presente en la prohibición a la adquisición de los materiales insertos en el edificio por la usucapión (D. 41. 1. 7. 11).

De hecho, la prohibición es bastante amplia, pues protege al propietario de los materiales incluso frente a un tercero distinto del constructor, en caso de que este decida vender el inmueble y el edificio, y les impide usucapir tanto al constructor como al tercero adquirente los materiales del edificio.

Si bien el Digesto no indica expresamente la no posibilidad de usucapir los materiales insertos en el edificio, creemos que esta conclusión puede ser tomada del siguiente pasaje: “Es causa de la duda, si por lo mismo que por el trascurso de largo tiempo fue adquirida la totalidad del edificio, se habrían adquirido cada una de las cosas de que constaba; lo que no pareció bien” (D. 41. 1. 7. 11). La remisión a una adquisición del dominio mediante el transcurso del tiempo es una referencia a la usucapición, la cual no es amparada en esta clase de supuestos.

Hemos dicho anteriormente que en los casos de accesión la adquisición de la propiedad no fue inmediata, ya que se permitía al dueño de los materiales reivindicarlos en determinadas circunstancias. Somos de la opinión de que la propiedad de los materiales se terminaba adquiriendo cuando el dueño del suelo pagaba el duplo de su valor, pues el Digesto establece que, si bien no se podía obligar a una persona a retirar las “vigas” ajenas colocadas en su propiedad, sí podía pagar el duplo por ellas. La presencia del conector adversativo “sino” en la oración “(...) nadie sea obligado a quitar la viga ajena puesta en su casa sino a pagar por ella el duplo” (D.41.1.7.10) establece que a pesar de no ser posible la primera alternativa, sí lo es la segunda.

La presencia del pago del doble del valor de los materiales debía tener como consecuencia la adquisición del dominio, pues era una regla reconocida en el derecho romano que nadie podía enriquecerse en detrimento de otro (D. 50. 17. 206), y asumir que luego de pagar dos veces el valor de una cosa se sigue sin adquirirla implicaría aceptar que las fuentes admitían un caso de enriquecimiento sin causa. A causa de

---

<sup>567</sup> SOSA RIED, M. (2019). “La edificación. Antecedentes históricos de los artículos 668 y 669 del Código Civil chileno.” En *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° XLI, Valparaíso, p. 372.

<sup>568</sup> *Ibidem*.

lo señalado, debe entenderse que, una vez realizado el pago, no cabía iniciar ninguna acción exhibitoria o reivindicatoria contra el dueño del edificio, pues éste se había convertido en el nuevo propietario de los materiales usados pues con el precio se puede enervar el *ius tollendi* del propietario primigenio.<sup>569</sup>

En el Libro Cuadragésimo Primero del Digesto no se distingue si el dueño del suelo que usó las vigas ajenas debía tener o no mala fe para los efectos del pago del duplo del valor de las cosas, lo que sí podemos afirmar es que el uso siempre debía ser no autorizado. Sin perjuicio de lo antes indicado, se discute en doctrina si para el cobro del duplo del valor de los materiales, que podían ser exigidos por la acción de *tigno iuncto* (D. 46. 3. 98. 8) (D. 47. 3. 1), era necesaria la mala fe. Mientras que algunos profesores sostienen que no era necesaria la mala fe del titular del suelo, Alessandro Corbino indica que el sustento de esta posición era que en “en la época más antigua predominaba un sistema de responsabilidad objetiva”. No obstante, nos parece más persuasiva la posición que señala que la “expresión *tignum furtivum*”<sup>570</sup> que aparece en el siguiente pasaje es determinante: “La Ley de las Doce Tablas no permite arrancar ni reivindicar el madero hurtado que fue empleado en una casa o viña” (D.47.3.1). Lo mismo ocurre en el siguiente pasaje, en el que se menciona expresamente el conocimiento de la condición ajena de los materiales: “Pero también se ha de dar la acción de exhibición; porque no se debe perdonar al que a sabiendas empleó o ligó en un edificio una cosa ajena; pues a éste no lo demandamos como si fuese poseedor, sino como si con dolo malo hubiere hecho de modo que no posea” (D. 47. 3. 1. 2).

Vemos entonces que las fuentes exigen la mala fe del titular del suelo que tomó a sabiendas las vigas ajenas. Este conocimiento, equiparable al dolo, también podía presentarse en los casos en los que debido a la gran negligencia del constructor no se percató de la condición ajena de los materiales, pues para las fuentes “la culpa grande es dolo” (D. 50.

<sup>569</sup> FOSAR BENLOCH, E. (1954). “El derecho de superficie”. En *Anales de la Universidad de Valencia*, Vol. 28, Cuaderno 3-2, p. 42.

<sup>570</sup> SOSA RIED, *op. cit.*, p. 376.

16. 226). La presencia de este pago excesivo puede ser entendida como una manifestación sancionatoria y disuasoria para los dueños de suelos que deseen usar materiales ajenos sin permiso, pues no debía admitirse que se usen cosas ajenas que no podían ser fácilmente recuperadas (D. 47. 3. 1. 2). Al respecto, se ha indicado que el precio pagado por los materiales “no era otro que una suma de dinero debida a título de indemnización, por haber el propietario del *tignum* perdido la disponibilidad de éste, a causa de la conjunción con la *aedes*”.<sup>571</sup>

Otro supuesto de accesión es el de las construcciones realizadas por parte de quien no es el propietario del suelo. En esos supuestos también opera la accesión de lo construido al suelo, en beneficio del titular del suelo. Sin embargo, existirán particularidades que serán desarrolladas en el siguiente acápite. En el caso que estamos comentando ocurre una situación inversa a la descrita anteriormente, pues no es el dueño del suelo el que construye con cosas muebles ajenas (D. 41. 1. 7. 10 y D. 41. 1. 7. 11), sino que es el dueño de las cosas el que construye sobre suelo ajeno, lo que de igual modo termina generando la accesión a favor del suelo (D. 41. 1. 7. 12).

Hemos visto hasta ahora que la regla general para la accesión de lo construido es que el dueño del suelo adquiere lo construido en él. Sin embargo, esta regla no será de aplicación irrestricta, pues contará con ciertas moderaciones y excepciones que limitarán la adquisición de la propiedad de manera inmediata, tal como se apreciará en el capítulo siguiente.

#### IV. Excepciones a la regla general y sanciones en función a la buena fe del constructor

Como hemos venido adelantando, la adquisición de la propiedad de lo construido por parte del dueño del suelo no fue inmediata, y presentaba excepciones que se sustentaban en la existencia de buena fe o mala fe tanto del dueño del suelo o del dueño de los materiales.

---

<sup>571</sup> PASQUINO, P. (2011). “Rimedi pretori in alcuni casi di accessione”. En *Teoría e storia del diritto privato*, N° 4, Nápoles, p. 93.

#### **IV. 1. Primera regla de accesión de lo construido: Accesión de lo construido al suelo, cuando el dueño del suelo usa materiales ajenos (I. 2. 1. 28) (D. 41. 1. 7. 10)**

La primera regla enunciada no implica una adquisición inmediata de la propiedad de lo construido por parte del dueño del suelo, sino una suspensión temporal de la acción reivindicatoria y exhibitoria por parte del dueño de los materiales, no pudiendo ejercitarlas a fin de no destruir los edificios ni dañar las actividades en las fincas (D. 47. 3. 1). Para hacerse de la propiedad el dueño del suelo deberá pagar el duplo del valor de los materiales a su dueño (I. 2. 1. 28) (D. 41. 1. 7. 10).

El pago realizado cumple la función de transferir la propiedad, además de indemnizar al dueño de los materiales por la imposibilidad de retirarlos del edificio (al menos hasta que el edificio se destruya), si bien no se señala ni en el Libro Cuadragésimo Primero del Digesto ni en la Instituta si el dueño del suelo debe actuar de buena o mala fe.

En la sección referida a las acciones del Digesto se regula la acción de “*Tigno iuncto*” (del madero empotrado), la cual cuenta con las características de una acción penal de hurto, ya que está destinada a obtener una pena civil por el hurto de una cosa. Así, se indica que “La Ley de las Doce Tablas no permite arrancar ni reivindicar el **madero hurtado** que fue empleado en una casa o en viñas” (D. 47. 3. 1).<sup>572</sup> La referencia al hurto como delito es clara; así, se “da la acción del duplo contra el que fue convicto de haberlo empleado”. Esta pena del pago del duplo aparece regulada en la sección de delitos de la Instituta, donde se indica que “la acción de hurto, ya del duplo, ya del cuádruplo,<sup>573</sup> corresponde únicamente para la reclamación de la pena, porque además tiene el dueño la persecución de la misma cosa, que puede obtener vindicándola o por la condición” (I. 4. 1. 21).

<sup>572</sup> El subrayado y énfasis son añadidos.

<sup>573</sup> La mención al doble y al cuádruplo se refiere a las penas indicadas en la Instituta, tanto para el hurto manifiesto (cuádruplo) y del no manifiesto (duplo) (I. 4. 1. 5).

Lo antes indicado debe ser concordado con la definición que tienen las fuentes sobre el hurto, las cuales señalan que “el hurto es el apoderamiento fraudulento o de la cosa misma, o también de su uso o posesión (...)” (I. 4. 1. 1), asimismo, que la palabra *furtum* (hurto) tiene cuatro posibles orígenes: 1) *furvum*, que significa negro porque el hurto se realiza de noche y clandestinamente la mayoría de las veces; 2) *fraus* (fraude); 3) *ferre*, que significa quitar y las palabras griegas usadas para referirse a los ladrones o al verbo “llevar” (I.4.1.2). Estas características contenidas en la definición y etimología del hurto nos llevan a concluir que se le brindaba relevancia a la intención del agente que cometía el delito, ya sea en su intención alevosa de cometer el acto de noche (I. 4. 1. 2), en la mención al ánimo fraudulento de la apropiación (I.4.1.1) o en la intención de esconder el acto cometido y las cosas sustraídas (I. 4. 1. 3).

En ese sentido, la acción de “*Tigno iuncto*”, como una acción penal de hurto, debía tomar en cuenta la mala fe e intención fraudulenta del titular del suelo que utilizaba a sabiendas las maderas ajenas para su edificación, así que, si bien el Libro Cuadragésimo Primero del Digesto no precisa si se requiere de buena o mala fe en el pago del doble del valor de los materiales, consideramos que la mala fe sí debía encontrarse presente.

Aquí, la mala fe del dueño del suelo genera una sanción en su contra, pues al conocer la condición ajena de los materiales, y aun así usarlos, comete un hurto, el cual genera la acción penal de “*Tigno iuncto*” que implica el pago del doble del precio de los materiales a su dueño.

#### **IV. 2. Segunda regla de accesión de lo construido: Accesión de lo construido al suelo, cuando el dueño de los materiales construye en suelo ajeno de mala fe (I. 2. 1. 30) (D. 41. 1. 7. 12)**

Esta regla pone el énfasis en la figura del dueño de los materiales, y cuando se presenta la mala fe del mismo se entenderá que pierde la

propiedad de los materiales que utilizó en suelo ajeno, pues se presume que al conocer la condición ajena del suelo perdió voluntariamente la propiedad de los materiales (D. 41. 1. 7. 12). Dado ello, no tiene la acción ni para recibir el duplo de los materiales, ni para reivindicarlos o solicitar su exhibición.

Aquí, la mala fe del titular de los materiales genera una sanción en su contra, ya que pierde el valor de sus materiales al presumirse que voluntariamente los ha perdido. Asimismo, la imposibilidad de reclamar los materiales, incluso si el edificio se ha destruido, supone también un castigo. Por otro lado, la adquisición del edificio y de los materiales que lo conforman por parte del propietario del suelo es una consecuencia favorable al mismo a causa de la injerencia realizada en su propiedad.

### ***IV. 3. Tercera regla de accesión de lo construido: Accesión de lo construido al suelo, cuando el dueño de los materiales construye en suelo ajeno de buena fe (I. 2. 1. 30) (D. 41. 1. 7. 12):***

La tercera regla es interesante ya que implica que el dueño de los materiales construyó en un predio ajeno obrando de buena fe. Esto es, sin conocer que los bienes no le pertenecían, tiene derecho a exigir el reembolso de los gastos realizados en el bien (I. 2. 1. 30) (D. 41. 1. 7. 12).

En este caso igual se produce una accesión del edificio al suelo, pero la adquisición de la propiedad no es inmediata, ya que ésta no se consumará hasta que se cumpla con el pago de los materiales y los jornales de los operarios al constructor. Sin embargo, en caso de que el dueño del suelo se niegue a pagar al constructor los conceptos señalados, éste podrá oponerle la excepción de dolo malo a fin de solicitar el pago.

La excepción de dolo malo tiene su origen en la equidad y regula una amplitud de casos en los que una persona decide alterar la natural equidad de las cosas aprovechándose de su propio dolo (D. 44. 4. 1. 1). Este dolo es entendido como un proceder negativo y perjudicial.

El dolo malo como mecanismo de tutela en los casos de accesión de lo construido procede cuando no se desea pagar el costo de los materiales y los jornales que se emplearon en la construcción (D. 41. 1. 7. 12) y también se presenta en cuando una persona le vende a otra un solar ajeno sobre el que construye y luego el verdadero dueño lo reclama. En dicho momento, el constructor de buena fe puede oponer la excepción de dolo malo si no se cumple con el pago de lo edificado (D. 19. 1. 46. 1).

Aquí, la conducta del constructor, es decir, la existencia de buena fe, cumple un rol opuesto al de los casos de mala fe, ya que otorga un mecanismo de tutela al constructor, que le permite oponerse a la acción del dueño del suelo contraria a la equidad natural, que implicaría obtener una edificación gratuita a costa de una persona que fue engañada para construir en el inmueble ajeno.

Con el desarrollo de las tres reglas antes expuestas podemos confirmar la hipótesis inicialmente propuesta, la cual indicaba que en los casos de accesión de edificaciones al suelo el rol de la buena o mala fe del constructor era fundamental para determinar la existencia de una sanción (I. 2. 1. 28) (D. 41. 1. 7. 10) (I. 2. 1. 30) (D. 41. 1. 7. 12), como el pago del duplo del valor de los materiales ajenos hurtados o la pérdida de los materiales si fueron puestos de mala fe en el predio ajeno o, en su defecto, un mecanismo de defensa, como la excepción de dolo malo (I. 2. 1. 30) (D. 41. 1. 7. 12).

## V. Conclusiones

- a. La accesión es entendida actualmente como una forma de adquisición de la propiedad. Sin embargo, dicha adquisición de la propiedad no operaba inmediatamente en el derecho romano justiniano, ya que las fuentes establecen que la accesión de lo edificado al suelo requiere el pago del duplo del precio de los materiales, como ocurre cuando el dueño del suelo hurta materiales ajenos para efectuar la construcción.

- b. La regla general en el derecho romano justinianeo es que lo edificado siempre cede al suelo. Sin embargo, la adquisición de la propiedad de los materiales de lo edificado no siempre opera inmediatamente, pues en algunos casos se requiere de requisitos como el pago del doble del valor de los materiales usados.
- c. La mala fe del dueño del suelo que usa materiales ajenos sin permiso es un requisito para la procedencia de la acción de “*Tigno iuncto*”, ya que ésta era una acción penal que procedía ante el hurto de materiales que terminaban insertos en una construcción.
- d. En la accesión de bienes muebles a inmuebles, la buena fe del constructor es fundamental para determinar si se genera una sanción o un mecanismo de tutela en favor del dueño de los materiales. Si éste construye de mala fe en suelo ajeno terminará perdiendo los materiales, mientras que si lo hizo de buena fe puede reclamar el costo de los mismos y los jornales de los operarios, pudiendo incluso valerse de la excepción de dolo malo si el dueño del suelo se niega a efectuar el pago.

## Bibliografía consultada

- CALORE, E. (2022). “*Superficies solo cedit*: il legame naturale tra superficie e suolo nel diritto romano e la scelta dei codificatori latinoamericani del XIX secolo sul diritto di superficie e sulla proprietà orizzontale”. En VELÁZQUEZ ARROYO, L. y ADAME GODDARD, J. (coord.). *Estudios de Derecho Romano y Derecho Civil desde una perspectiva histórica, comparativa y práctica*. México: Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México.

- FOSAR BENLOCH, E. (1954). “El derecho de superficie”. En *Anales de la Universidad de Valencia*, Vol. 28, Cuaderno 3-2.

- LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, F. (2007). “La formación histórica del modo de adquirir denominado accesión”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, Valparaíso.
- ORZIKH, Y. (2016). *Introduction to the Roman Private Law*. Odesa: Feniks.
- PASQUINO, P. (2011). “Rimedi pretori in alcuni casi di accessione”. En *Teoría e storia del diritto privato*, N° 4, Nápoles.
- PLISECKA, A. (2006). “Accessio and specificatio reconsidered”. En *The Legal History Review*, N° 74 (1-2), Países Bajos.
- POTHIER, R. (1882). *Tratado del Derecho de Dominio de Propiedad*. Tomo VII. Madrid: Librería de V. Suárez.
- SLATER, R. (1959). “Accessio, specificatio and confusio: Three skeletons in the closet”. En *The Canadian Bar Review*, Vol. XXXVII, N° 4, Ottawa.
- SOSA RIED, M. (2019). “La edificación. Antecedentes históricos de los artículos 668 y 669 del Código Civil chileno”. En *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° XLI, Valparaíso.
- ZAERA GARCÍA, A. (2008). “Superficies Solo Cedit”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 12, La Coruña.

# De la *Lex Cornelia de falsis* a la falsificación de documento electrónico

---

Por Norma Alicia Juárez<sup>574</sup> y Soledad Sandra Peralta<sup>575</sup>

## Resumen

El presente trabajo pretende relacionar, si se nos permite efectuar una recorrida de siglos, los cambios que a través del tiempo se verificaron respecto del delito de falsedad, y más específicamente la materialidad sobre la que se ejerce la conducta delictiva, hasta llegar a lo que actualmente la ley penal considera delito informático. El trabajo está diagramado en dos partes. La primera de ellas inicia con la *Ley Cornelia de falsis*, que en el año 81 a. C. dictó Lucio Cornelio Sila, la cual tipifica los distintos tipos de falsedad en relación con los testamentos y las monedas. Luego aborda algunas disposiciones posteriores hasta llegar a las codificaciones de la época moderna, considerando principalmente el objeto material del delito.

---

<sup>574</sup> Abogada. Procuradora. Notaria. Profesora ayudante de Derecho Romano B en la Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>575</sup> Abogada. Procuradora. Mediadora. Profesora ayudante de Derecho Romano B en la Universidad Nacional de Córdoba. Las integrantes forman parte del Instituto de Derecho Romano Agustín Díaz Bialek de la Universidad Católica de Córdoba y son miembros de ADRA.

En la segunda parte analizaremos el tema de los delitos informáticos, incrementados notablemente por el prolongado encierro motivado por la pandemia del Covid-19, obligando a todas las personas del mundo a recluirse en sus hogares. Esto generó la necesidad de manejar los medios informáticos disponibles para trabajar de forma remota, realizando transacciones de todas clases a través de Internet, lo que posibilitó la concreción de innumerables delitos a través de las plataformas virtuales. En el Código Penal argentino examinaremos las modificaciones realizadas por la Ley 26.388 a varios de sus artículos referidos a la falsificación del documento electrónico, tipificando las conductas que se consideran ilícitos informáticos en nuestro territorio. Asimismo, consideraremos qué se entiende por documento electrónico, firma digital y firma electrónica en el Código Civil y Comercial de la Nación, para poder comprender las innovaciones introducidas por el empleo de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs).

**Palabras clave:** *Lex Cornelia de Falsis*; falsificación de documento; documento electrónico

## PRIMERA PARTE

### I. Introducción

A fin de determinar los cambios de la conducta que tipifica el delito de falsedad y al objeto, principalmente el documento escrito sobre el cual ésta se ejerce en las distintas fases de esa mutación, desde la ley de Sila hasta la actualidad, en la cual los medios que la tecnología aporta han ampliado enormemente el campo de lo que se conoce como documento y, en igual sentido, multiplicado los recursos para la adulteración del documento electrónico.

Se parte temporalmente de la época de la guerra civil que desgarraba por dentro a la República romana. En este espacio-tiempo surge la fi-

gura de Lucius Cornelius Sulla (138-78 a. C.) como hábil político. Se sabía ya que “pertenecía a una rama poco conocida de los Cornelios, ausente hasta entonces de la política romana”,<sup>576</sup> considerado como brillante militar, y que mostraba ahora una verdadera imagen de hombre público. Era un personaje muy controvertido. Según González Camano, Salustio describe a Sila como “buen militar y político, defensor de la República, por un lado y como cruel dictador, asesino y autócrata, por el otro”.<sup>577</sup> En este tiempo, a pesar de los conflictos que conmueven a la sociedad, en el ámbito del tráfico jurídico se afirma y se generaliza el uso del documento escrito como “medio técnico de objetivación que sirve para representar el hecho mediante signos gráficos, conservando la existencia del mismo y proyectando su evidencia hacia el futuro”.<sup>578</sup>

De la mano y como contrapartida del uso cada vez más frecuente del documento escrito, aparece una nueva modalidad de delito, y para remediarlo surge en el año 81 a. C. la *Ley Cornelia Testamentaria Nummaria* dictada por Sila, a la que “la jurisprudencia de los tiempos posteriores agrupó bajo la palabra *falsum*, que en el moderno lenguaje traducimos por falsificación”,<sup>579</sup> por lo que esta ley también se conoce como *Ley Cornelia de Falsis*, que contempla la falsificación de testamentos y monedas. Se hace referencia a la legislación posterior en lo que respecta al aspecto material de las acciones delictivas que frustran la validez de un documento o de monedas, en cuanto objeto material, sin efectuar análisis de la falsedad como teoría jurídica y se relacionan, por último, dos casos de documentos falsos.

---

<sup>576</sup> MARTINEZ PINNA, J., MONTERO HERRERO, S. y GÓMEZ PANTOJA, J. (2008). Diccionario de personajes históricos griegos y romanos. Madrid: Akal/Istmo, p. 130.

<sup>577</sup> GONZALEZ CAMANO, O. (2004). El enigma de Sila. Un último programa legislativo conservador en la crisis de la República Romana (88-79 a.c.v.), Barcelona. Disponible en: [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:FF\\_gEhs47loJ:https://issuu.com/oscardgonzalezcamano/docs/sila&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:FF_gEhs47loJ:https://issuu.com/oscardgonzalezcamano/docs/sila&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar).

<sup>578</sup> NÚÑEZ LAGOS, R. (1950). *Hechos y derechos en el documento público*. Madrid: Imp. Viuda de Galo Sáez, p. 49.

<sup>579</sup> MOMMSEN, T. (1999). *Derecho Penal Romano*. Bogotá: Temis, p. 418.

## II. *Lex Cornelia Testamentaria Nummaria*. Antecedente. Ley de Las XII Tablas

Al comienzo de la República, las numerosas conductas delictivas que podían tipificarse como falsificaciones o fraudes no se encontraban reprobadas penalmente y durante mucho tiempo las víctimas de estos hechos solo contaban con el auxilio de acciones civiles.<sup>580</sup> No obstante lo dicho, se tiene como antecedente de la ley de Sila a la Ley de la XII Tablas, que contemplaba tres casos de fraude, fenómeno frecuente y bastante extendido en la sociedad, que obligó a sancionarlos con la pena capital. Son el falso testimonio, el cohecho en el juicio por jurados y la compra de votos en las elecciones. El ejemplo de falso testimonio se encuentra referenciado en un pasaje de la obra literaria *Noches Áticas* de Aulo Gelio, Libro Vigésimo, Capítulo I:<sup>582</sup>

...Supongamos, ¡oh! Favorino, que la famosa ley penal de las Doce Tablas, contra los falsos testimonios, no estuviese abolida; que al testigo falso se le precipitase todavía desde la roca Tarpeya; ¿habría muchos testigos falsos? La severidad de la ley es muchas veces lección de conducta.

*XXII. (Aulo Gellio, 20.1.53): Ex XII tabulis...si nunc quoque...qui falsum testimonium convictus, e saxo Tarpeio dejiceratur.*

En virtud de la ley de las XII Tablas,... y ahora también...al que se ha encontrado convicto de falso testimonio, que se lo arroje desde la Roca Tarpeia.<sup>583</sup>

La pena de muerte se concretaba arrojando al delincuente de la roca Tarpeya, situada en el Capitolio, era legal también flagelar al imputado

<sup>580</sup> *Ibidem*.

<sup>581</sup> *Ibidem, op. cit.*, p. 419.

<sup>582</sup> AULO GELIO (1959). *Noches Áticas*. Traducción por Francisco Navarro y Calvo. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, p. 231.

<sup>583</sup> LEY DE LAS XII TABLAS, Edición bilingüe. Traducción por Alfredo Gustavo Di Pietro. Buenos Aires: Sociedad Romanista Argentina, 2015, p. 175.

previamente. Antes de que se estableciese como obligatorio el acuerdo de las partes involucradas para lograr el rescate del derecho de venganza, el damnificado podía dar muerte al ofensor, con el beneplácito de la comunidad y sin formalidades de ninguna clase. Se justifica que en tiempos arcaicos el delito de falsedad esté referido al falso testimonio, dada la importancia, en ese tiempo, de la prueba testifical y la excepcionalidad de la utilización de la escritura.

La conducta tipificada por la palabra *falsum*, que etimológicamente deriva de *fallere*,<sup>584</sup> que significa engañar, frustrar, burlar, referida al falso testimonio, describe un accionar doloso tendiente a engañar fundamentalmente de palabra, cuando se declara algo que se sabe no ocurrió o que no sucedió en la forma o sentido en el cual se lo declara. Es decir, que la conducta dolosa afecta directamente a la verdad de los hechos, es la “*mutatio veritatis*” atribuido a Azo.<sup>585</sup>

### III. Acciones tipificadas por la *Lex Cornelia* en relación a los testamentos

En el C.I.C., la rúbrica del Título X del Libro 48 del Digesto de Justiniano explica el contenido del título, expresando “Sobre la Ley Cornelia relativa a las falsedades y sobre el S. C. Liboniano”.<sup>586</sup> En conc. Cod. IX. 22-25, en su párrafo segundo, que pertenece a Paulo, describe las conductas que tipifican la falsificación de un testamento celebrado en forma escrita.

---

<sup>584</sup> MACCHI, L. (1966). *Diccionario de la lengua latina*. Buenos Aires: Ed. Don Bosco.

<sup>585</sup> AZO de BOLONIA. Azzo ó Azulenus (1150-1230). Jurista Italiano miembro de la escuela de los Glosadores.

<sup>586</sup> CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO. Traducido al Castellano del Latino. Publicado por los Hermanos Kriegel, Herman y Osenbruggen con las variantes de las principales Ediciones Antiguas y Modernas y con notas de referencias de D. Ildefonso L. García del Corral. Editorial Lex Nova S. A. Primera Parte, Digesto, Tomo III.

*Paul. D. 48. 10. 2. Qui testamentum amoverit, celaverit, eripuerit, deleverit, interleverit, subiecerit, resignaverit, quive, testamentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit dolo malo, cuiusve dolo malo id factum erit, legis Cornelia poena damnatur.*

Paul. D. 48. 10. 2. El que hubiese substraído, ocultado, robado, borrado, tachado, substituido o abierto un testamento, o el que hubiere escrito, sellado o leído con dolo malo un testamento falso, o aquél por cuyo dolo malo se hubiere hecho esto, es condenado con la pena de la Ley Cornelia.

En las Sentencias de Paulo,<sup>587</sup> Título VII, con rúbrica que expresa “De la Ley Cornelia”:

*Paul. Sent. 4. 7. 1. Qui testamentum falsum scripserit, recitaverit, subiecerit, signaverit, supresserit, amoverit, resignaverit, deleverit, poena legis Cornelia de falsis tenebitur, id est, in insulam deportatur.*

Paul. Sent. 4. 7. 1. Aquel que escribiese, leyese, sustituyese, sellase un testamento falso, o escondiese, substrajese o cancelase en todo o en parte uno auténtico, será sujeto a la pena establecida por la Lex Cornelia de falsis, es decir, será deportado en una isla.

El texto del Digesto y de las Sentencias describen las acciones dolosas de hacer: escribiendo (*scribere*) un testamento falso; signar (*signare*),<sup>588</sup> hacer con movimientos de la mano la señal de la cruz. Signar tiene el significado de poner signo o firmar, viene del latín signare o asignar, y se refiere a la acción de firmar o sellar un testamento falso o hacer uso judicial del mismo. También *recitare, recitatio, onis*,<sup>589</sup> lectura hecha en voz alta.

---

<sup>587</sup> SENTENCIAS DE PAULO. Sentencias de Julius Paulus (Firmes y dedicadas a su hijo) a partir de la Edición Pratense de Jacobo Cuyacio, 1862. Versión Castellana: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, Argentina. Traducción de Santos A. Caminos. Imprenta de la U.N. de Tucumán, 1994.

<sup>588</sup> MACCHI, op. cit., N° 9.

<sup>589</sup> *Ibidem*.

Tipifica además otros actos dolosos respecto de un testamento auténtico, es el caso de sustraer, hacer desaparecer por hurto: *amovere, amoveo, es, móvil, motum, movere*.<sup>590</sup> Ocultar: *celate, celatim*, adv. ocultamente, de secreto.<sup>591</sup> Robar, destruir, borrar, aniquilar: *delere, deleo, es, evi, etum*,<sup>592</sup> alterar su escritura, *interlinere*, interlinear; *subesus, a, um*,<sup>593</sup> corrompido, alterado, cambiar por otro. Abrir indebidamente: *resignare, resignatus, a, um*.<sup>594</sup> quitado el sello, levantar el sello, abrir.

#### IV. Otros supuestos

Respecto de la adulteración de monedas y otros metales de valor que se utilizaban como medio de pago en las transacciones comerciales, existieron disposiciones desde la época de Mario. La Ley Cornelia y la legislación posterior tipificaron principalmente los siguientes casos:<sup>595</sup> aceptar y hacer circular metales preciosos de menor valor de aleación que el establecido por la ley; disminuir el valor de la moneda, recortándola, raspándola o realizando cualquier otra maniobra; falsificar o fabricar privadamente monedas, imitando a las legítimas; hacer circular monedas falsas, conociendo esta circunstancia. Distingue entre: acuñar moneda falsa, adulterar, corromper, transformar, cambiar, falsificar (*adultero, as, are, adulterare*); fundir, fusión de un metal (*conflatio, onis*); raspar las monedas verdaderas (*radere*), alterarla (*corrumpere*) o inutilizarla (*vitare*), probablemente también traficar con monedas de estaño y plomo.

El hecho de que se acumularan en una misma ley la falsificación de testamentos, sellos y monedas se justifica con facilidad, dado que el común denominador entre ellos era el abuso del *signum*,<sup>596</sup> es decir, señal, indicio, signo, marca.<sup>597</sup>

---

<sup>590</sup> *Ibidem*.

<sup>591</sup> *Ibidem*.

<sup>592</sup> *Ibidem*.

<sup>593</sup> *Ibidem*.

<sup>594</sup> *Ibidem*.

<sup>595</sup> MOMMSEN, *op. cit.*, p. 421.

<sup>596</sup> MONCAYO RODRÍGUEZ, S. (2000). "El Delito de Falsedad en el Derecho Romano." En *Letras Jurídicas*, Vol 2.

<sup>597</sup> MACCHI, *op. cit.*, Nº 9.

## V. El sello como símbolo y su composición material

Para evitar las falsificaciones, los documentos que se extendían tanto en el ámbito público como privado se revestían a fin de asegurar su autenticidad, del *signum*, que puede traducirse como señal, indicio, signo, marca, es decir, el sello. Fue costumbre de la mayoría de los pueblos de la Antigüedad la utilización del anillo para sellar los documentos, persas, egipcios, griegos y también los romanos quienes tenían el *annuli sigillaricii*,<sup>598</sup> de *sigillaricius, a, um*, traducido en segunda acepción como sello, sortija para sellar,<sup>599</sup> cuyo uso en la Edad Media dio lugar a la conformación del *ius sigilli*, el derecho de selladura, entendiéndose como la legitimación para usar determinada marca. Este derecho se manifiesta ya desde la Antigüedad en la posibilidad de acuñar la moneda, traducándose en el “cuño del soberano sellando auténticamente el bronce (*aes rude*) o un trozo de cuero de oveja (*pecunia moneta signata*).<sup>600</sup>

La matriz del sello era por lo general una piedra preciosa grabada en hueco, entalle, engastada en un anillo. El sello es el símbolo de la jurisdicción. Los obispos eran investidos con el báculo y también con el anillo de sello.

El *ius sigilli* de los dignatarios eclesiásticos estaba sujeto a formas rituales precisas y constituye una verdadera muestra de los numerosos objetos materiales que estaban expuestos a ser adulterados o falsificados.

Las bulas se escribían sobre pergamino y papiro hasta el siglo XI. Después, solo el pergamino y la vitela.<sup>601</sup> El sello se estampaba directamente sobre el pergamino. Era un sello de placa, o colgaba sobre cintas, sellos pendientes. La impresión se hacía sobre cera o mezclas resinosas

<sup>598</sup> NÚÑEZ LAGOS, *op. cit.*, p. 402.

<sup>599</sup> MACCHI, *op. cit.*, N° 9.

<sup>600</sup> NÚÑEZ LAGOS, *op. cit.*, p. 403.

<sup>601</sup> SAPIENS. ENCICLOPEDIA ILUSTRADA DE LA LENGUA CATELLANA, Buenos Aires: Sopena, 1961. Vitela: del latín *vitella*, diminutivo de vitula. Piel de vaca o ternera, adobada y muy pulida, especialmente la destinada a pintar o escribir en ella. Ternera.

de colores o sobre bolas de plomo, bulas, de allí la denominación que se daba a las resoluciones de las autoridades de la Iglesia católica.

Según la clase de documentos variaba el color de la cera y el signo del entalle. Los breves pontificios se sellaban en cera roja con el anillo del pescador, sub anullo piscatoris, a diferencia de otros documentos de igual origen que se sellaban con plomo<sup>602</sup> y se denominan bula. Originalmente, una “*bullā*” era una placa circular o bola de metal, llamada así por ser similar a una burbuja flotando sobre el agua, del latín *bullire*, hervir. Luego el término llegó a aplicarse a los sellos de plomo con los que se autenticaban documentos reales y papales, extendiendo esa denominación al documento mismo en el caso de los documentos emanados de la autoridad de la Iglesia católica.

Otro significado del término “*bullā*” hace referencia a cualquier objeto redondo artificial, y en un principio se utilizaba para referirse a la medalla que portaban al cuello en la Antigua Roma los hijos de las familias nobles hasta el momento en que vestían la toga.<sup>603</sup>

En este mismo sentido lo refiere Plutarco al precisar que la “*bullā*” era un medallón o adorno en forma de bola que se denomina así por su forma que imita las burbujitas y que junto a una toga bordada de púrpura eran los distintivos de los hijos nacidos de la unión de las sabinas raptadas y los primeros romanos.<sup>604</sup>

## VI. Casos

### VI. a. De Bula Papal Falsa

Durante la Edad Media existieron varios casos de falsificaciones de documentos eclesiásticos y también de títulos totalmente falsos, o que correspondían a un título legítimo perdido o deteriorado, y en algunas circunstancias confeccionados sin intención criminal de dañar o lograr ventaja alguna. Esta fue la coyuntura que motivó la aparición de las

<sup>602</sup> NÚÑEZ LAGOS, *op. cit.*, p. 403.

<sup>603</sup> Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Bula#Formulismo>

<sup>604</sup> PLUTARCO (1990). *Vidas paralelas*. Rómulo 20. 4. Barcelona: Planeta, p. 62.

llamadas bulas espurias, cuando hubo necesidad de proteger, por parte de algunos monasterios, lo que ya les era propio, frente a las pretensiones frecuentemente abusivas de las autoridades civiles, quienes en los casos de pérdida o deterioro de los títulos de propiedad exigían grandes sumas de dinero como precio de escrituras confirmatorias. Es el caso de dos bulas en papiro dirigidas a la Abadía de San Benigno, ubicada en Dijon, Francia, y cuya primera construcción románica data del año 535 y está dedicada a la mártir cristiana Santa Benigna. Las bulas fueron emitidas por el Papa Juan V, que ocupó la Sede Apostólica en el año 685, y por el Papa San Sergio I, del año 697, y otorgaban la propiedad al monasterio de los terrenos en los cuales se encontraba emplazado. Los documentos escritos sobre papiro fueron reconocidos como auténticos por el erudito francés y monje benedictino Jean Mabillon (1632-1707), considerado el creador de la diplomática, estudio de diplomas y documentos. Pero luego se supo que las bulas eran en realidad falsas, llegándose a esta conclusión siguiendo los criterios ya establecidos por el mismo Mabillon y los eruditos que le sucedieron, que sin embargo no les habían permitido en el caso del Monasterio de San Benigno detectar la falsificación. Los puntos a tener en cuenta para establecer la autenticidad de un documento son el *cursus* o cadencia rítmica de las oraciones que deben ser congruentes con la *datación*, y demás formalidades, como son el número de puntos en el trazado circular del sello de plomo, o en la figura de San Pedro pintada en él, ya que los *bullatores* seguían reglas definidas para gravar los sellos.<sup>605</sup>

## VI. b. De la Donación de Constantino

La *donatio* de Constantino figura como una de las grandes falsedades de la historia medieval. El caso en su enunciado previo expresa que el Papa Gregorio VII, a días de haber asumido el pontificado, el 30 de abril de 1073, a unos príncipes o magnates de allende que se disponían

---

<sup>605</sup> HABERMANN, C., WYNNE, J., PACE, E., Mc ERLEAN, A. y PALLEEN, C. (eds.) (1907). *The Catholic Encyclopedia*. Volume I. Boston: Robert Appleton Company.

a viajar a España en expedición contra los moros, que iba a capitanear Ebles de Rouci, les escribió unas graves palabras, por las cuales declaraba que toda España era parte del patrimonio de San Pedro, o sea parte de los Estados de la Iglesia: “No ocultaros creemos que el Reino de España ya desde la Antigüedad fuese del propio derecho de San Pedro, y ahora, aunque esté de moros ocupado, por ley de justicia no cancelada, pertenece de derecho, no a ningunos mortales, sino solo a la Sede Apostólica”, concluyendo que la Santa Sede cedería a Ebles de Rouci la tierra que pueda ganar a los moros.

*Donatio Constantini*, así se conoce, desde el fin de la Edad Media, un documento falso atribuido al emperador Constantino el Grande por el cual grandes privilegios y ricas posesiones eran conferidas al Papa y a la Iglesia romana. En el manuscrito más antiguo conocido del siglo IX (Bibliothèque Nationale, París, MS. Latin 2777) y en muchos otros manuscritos, el documento lleva el título: “*Constitutum domni Constantini imperatoris*”. Está dirigido al Papa Silvestre I (314-35) y consiste de dos partes. En la primera, titulada “*Confessio*”, el emperador relata cómo fue instruido en la fe cristiana por Silvestre, hace una profesión llena de fe y cuenta su bautismo por ese Papa en Roma, y cómo de este modo se curó de lepra. En la segunda parte, la “*Donatio*”, Constantino dispone conferir a Silvestre y a sus sucesores los siguientes privilegios y posesiones: el Papa, como sucesor de San Pedro, tiene la primacía sobre los cuatro patriarcas de Antioquía, Alejandría, Constantinopla y Jerusalén, también sobre todos los obispos en el mundo. La basílica de Lateran, en Roma, construida por Constantino, mandará sobre todas las iglesias como cabecera, del mismo modo que las iglesias de San Pedro y San Pablo serán dotadas de ricas posesiones. Los principales eclesiásticos romanos (*clerici cardinales*), quienes también pueden recibirse como senadores, obtendrán los mismos honores y distinciones que éstos. Como el emperador, la Iglesia romana tendrá funcionarios *cubicularii*, *ostiarii* y *excubitores*. El Papa disfrutará los mismos derechos

---

<sup>605</sup> HABERMANN, C., WYNNNE, J., PACE, E., McERLEAN, A. y PALLEN, C. (eds.) (1907). *The Catholic Encyclopedia*. Volume I. Boston: Robert Appleton Company.

honorarios que el emperador, entre ellos, el de llevar una corona imperial, una capa purpúrea y túnica, y en general toda insignia imperial o señales de distinción.

El emperador obsequia al Papa y a sus sucesores el palacio de Letrán de Roma y las provincias, distritos y pueblos de Italia y todas las regiones occidentales. El documento continúa diciendo que el emperador ha establecido para sí, en el Este, una nueva capital que lleva su nombre, y allá él quita su gobierno, porque es inoportuno que un emperador secular tenga poder donde Dios ha establecido la residencia de la cabeza de la religión cristiana.

El documento concluye con maldiciones contra todos los que se atrevan a violar estas dádivas y con la certidumbre de que el emperador las ha firmado con su propia mano y las ha puesto en la tumba de San Pedro.

Este documento es sin duda una falsificación inventada en algún momento, entre los años 750 y 850. Ya en el siglo XV su falsedad fue conocida y demostrada. Nicolás Cardenal de Cusa lo definió como un dictamen apócrifo. Algunos años después, en 1440, Lorenzo Valla demostró la falsificación con certeza.

No se sabe con seguridad dónde se originó la falsa Constitución, la que aparece primero en las colecciones franco-germanas, es decir, en las falsas decretales y en el manuscrito de St. Denis. Además, la cita segura más primitiva fue hecha por autores del Imperio franco-germano, en la segunda mitad del noveno siglo.

Este documento nunca se usó en la cancillería papal hasta mediados del undécimo siglo, ni en general fue referido en fuentes romanas hasta los tiempos de Otto III (983-1002, en el caso de que el famoso "Diploma" de este emperador sea auténtico). El primer uso cierto en Roma fue hecho por León IX en 1054, y nótese que este Papa fue por nacimiento y educación alemán, no italiano.

Los escritores mencionados han evidenciado que el objetivo principal de la falsificación era demostrar la justicia de la "*translatio imperii*" a los franco-germanos, es decir, el traslado del título imperial de una dinastía a otra, resultando la coronación de Carlomagno en el año 800.

Por consiguiente, la falsificación era principalmente importante para el Imperio franco-germano. Esta visión sostiene, contra la opinión de la mayoría, que la falsificación se originó en Roma.

Tampoco se sabe con seguridad cuál fue el propósito que tuvo el autor de esta falsa Constitución. Algunos sostienen que el falsificador buscó afianzar para el Papa una categoría de autoridad secular superior, una supremacía imperial en contra del gobierno franco-germano, sólidamente establecido entonces en Italia.

Otros grupos limitan para Italia la expresión “*occidentalium regionum provincias*”, pero la mayoría interpreta que representa a todo el Imperio occidental y el establecimiento de la supremacía imperial del Papa sobre todo Occidente, como también la defensa del nuevo Imperio occidental de los ataques bizantinos.

De lo anterior se puede observar que la última palabra sobre investigación histórica en esta materia todavía está por verse. Preguntas importantes acerca de las fuentes de la falsificación, el lugar y momento de su origen, la tendencia del falsificador, aún esperan solución.

El primer Papa que lo usó en un acto oficial fue León IX. En una carta de 1054 a Miguel Cerulario, patriarca de Constantinopla, él cita la “*Donatio*” para demostrar que la Santa Sede tuvo ambos poderes, uno temporal y otro celestial. De allí en adelante la “*Donatio*” adquiere más importancia y se usa más frecuentemente como evidencia en los conflictos eclesiásticos y políticos entre el papado y el poder secular. Anselmo de Lucca y el cardenal Deusdedit lo insertaron en sus colecciones de cánones. Gracián, es verdad, lo excluyó de su “*Decretum*”, pero lo agregó pronto como “*Palea*”. Los escritores eclesiásticos en la defensa del papado durante los conflictos de principios del duodécimo siglo lo citaron como documento autorizado. La autenticidad del documento, como ya se expresó, no fue puesto en duda en ningún ámbito hasta el siglo XV. En tiempos posteriores esto fue abandonado, por lo que ahora toda la “*Constitutum Constantini*”, en forma y contenido, es considerada debidamente y en todo sentido una falsificación.<sup>606</sup>

---

<sup>606</sup> Disponible en: <https://n9.cl/e193j>

## SEGUNDA PARTE

# I. Falsificación de documentos electrónicos

## I. 1. Introducción

La sociedad mundial hace poco más de treinta años se vio revolucionada por la irrupción de Internet en la vida cotidiana de las personas. Dicho fenómeno generó nuevas formas de comunicación que hasta ese momento eran consideradas imposibles, ya que no se creía que fuese viable otro medio que el escrito, por correspondencia. En muy poco tiempo se produjo el fenómeno de la aparición de las nuevas formas de información y comunicación (TICs), generando un sinnúmero de nuevos comportamientos humanos.

En ese contexto, podemos decir que a pesar de los excelentes resultados generados por dicha red algunas actividades no fueron positivas, más bien todo lo contrario. Generaron graves perjuicios no solo económicos, sino también personales, afectando el derecho a la intimidad de los ciudadanos, entre otros aspectos.

Entre las acciones negativas nos abocaremos específicamente a la falsedad de documento electrónico como delito informático, del cual estudiaremos qué se entiende por tal y su régimen jurídico en nuestro país.

## I. 2. Documentos electrónicos

En los últimos cinco años, y más recientemente como consecuencia de la pandemia de Covid-19, la población mundial tuvo que adaptarse por la fuerza a la necesidad de incursionar con las nuevas tecnologías, lo que provocó que millones de personas debieran acceder a algún medio tecnológico para poder no solo comunicarse con sus familiares y seres queridos, sino que por dichos medios tuvo que realizar sus transacciones comerciales y, principalmente, sus actividades laborales.

Es por ello que las computadoras, las tablets y los teléfonos celulares

son utilizados no solo como medios de comunicación, sino que se emplean para realizar transferencias comerciales con personas que quizás nunca se conozcan personalmente. Hoy son instrumentos indispensables para poder negociar bienes y servicios.

Todo ello generó la aparición de los llamados documentos electrónicos, los cuales facilitaron el tráfico jurídico de las nuevas formas de intercambiar bienes y servicios a nivel global, situación impensada si nos ubicamos unas décadas atrás.

No podemos negar que la tecnología se ha incorporado en el derecho, generando numerosos beneficios, así como también innumerables perjuicios. Es por ello que el sistema jurídico constantemente debe estar en alerta ante las nuevas situaciones que la informática y la tecnología generan como consecuencia de su evolución permanente.

Comenzaremos por analizar sintéticamente qué se entiende por documento. Es todo soporte material de naturaleza mueble, que incorpora una información de manera estable, lo cual le confiere cierto valor probatorio.<sup>607</sup> La Real Academia Española<sup>608</sup> nos dice que deriva del latín *documentum*, teniendo varias acepciones, entre ellas, la segunda, que expresa: “Escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo”.

En un sentido amplio percibimos al documento como todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza.<sup>609</sup>

Se entiende por documento electrónico aquel documento proveniente de un sistema de elaboración electrónica. La tecnología de la informática permite garantizar la autenticidad y la inalterabilidad de los documentos contenidos en soportes informáticos.

Podemos conceptualizarlo como aquel que ha sido creado sobre un

---

<sup>607</sup> GIANNANTONIO, E. (1987). “El valor jurídico del documento electrónico”. En *Informática y derecho*. Buenos Aires: Depalma.

<sup>608</sup> Disponible en: <https://dle.rae.es/documento>.

<sup>609</sup> BIELLI G. y ORDÓÑEZ, C. (2019). “Valoración probatoria de documentos suscriptos mediante la tecnología de firma electrónica.” En IADPI, publicado el 20/09/2019. Disponible en: [https://iadpi.com.ar/2019/09/20/valoracion-documentos-electronicos/#\\_ftn2](https://iadpi.com.ar/2019/09/20/valoracion-documentos-electronicos/#_ftn2).

ordenador, grabado en un soporte informático y que puede ser reproducido, definiéndoselo también como un conjunto de campos magnéticos aplicados a un soporte, de acuerdo con un determinado código.<sup>610</sup>

Las leyes 25.506, de firma digital, y 26.388 del año 2008 le otorgan valor jurídico probatorio al documento electrónico y como tal es protegido por la normativa.

Encontramos en el ámbito penal que el artículo primero de la Ley 26.388,<sup>611</sup> que modifica nuestro Código Penal argentino, nos dice:

incorporase como últimos párrafos del artículo 77 del Código Penal, los siguientes: El término “documento” comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión. Los términos “firma” y “suscripción” comprenden la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente. Los términos “instrumento privado” y “certificado” comprenden el documento digital firmado digitalmente.

No obstante, dicho artículo no contiene exclusivamente una definición del objeto de la acción de los delitos de falsedad documental, sino una definición del documento en sentido más amplio, con el propósito de que sea adecuada a cualquiera de los tipos penales que tienen alguna relación con documentos, por ejemplo, en la supresión de medios de prueba regulados en el artículo 255 del Código Penal, entre otros. El concepto de documento se debe establecer luego en cada delito en particular, es decir, casi de la misma manera que si esta definición no existiera en nuestro derecho penal. El concepto de documento sigue padeciendo el déficit de seguridad, porque la propia voz “documento” abarca cualquier modo de asentar el pensamiento en forma indeleble, sea en papel, sonoro, fotográfico o informático.

---

<sup>610</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, Nota N° 3.

<sup>611</sup> Ley 26.388 Modificación. Sancionada: Junio 4 de 2008. Promulgada de Hecho: Junio 24 de 2008. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141790/norma.htm>

La mencionada ley manifiesta un trascendental aporte el cual completa un vacío legal existente en el derecho argentino, ya que penaliza la divulgación por la red de pornografía infantil, la violación de la correspondencia electrónica –equiparándola a la correspondencia postal–, la afectación de bases de datos y la comisión de delitos a través de la manipulación de comunicaciones informáticas, espionaje informático, entre otros.

El artículo analizado refiere del mismo modo a “firma digital”, “suscripción”, “instrumento privado” y “certificado”. La misma Ley 25.506<sup>612</sup> establece en sus artículos primero y segundo el valor jurídico probatorio, así como las definiciones de firma electrónica y firma digital, reconociendo su eficacia jurídica en las condiciones que establece dicha normativa. Del mismo modo define en el artículo dos a la firma digital como

el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.

Se diferencia de la firma electrónica, ya que ésta es un conjunto de “datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital.”

Desde la incorporación al Código Penal de la ley de delitos informáticos, como la ley de firma digital, la firma manuscrita, electrónica y digital pasan a tener la misma validez legal.

---

<sup>612</sup> Ley 25.506 Firma Digital. Sancionada: Noviembre 14 de 2001. Promulgada de Hecho: Diciembre 11 de 2001. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70749/norma.htm>.

En el aspecto probatorio toman vital importancia los peritos especialistas en informática, quienes deberán comprobar las irregularidades, modificaciones, violaciones al correo electrónico original o al documento electrónico, ya que debe corroborarse la autenticidad de los mismos por medio de profesionales que se encuentren capacitados en tecnología y redes.

### ***1. 3. Falsificación de documentos electrónicos en el Código Penal argentino***

Comenzaremos expresando la definición que nos brinda la Real Academia Española de falsificación,<sup>613</sup> que en su primera acepción expresa “acción y efecto de falsificar” y en su segunda acepción en el ámbito del derecho expresa “falsedad”. La palabra “falsificar”<sup>614</sup> cuenta con dos acepciones, la primera de ellas nos dice “falsear o adulterar algo” y la segunda “fabricar algo falso o falto de ley”. Por ello debemos manifestar los tres significados que nos ofrece la RAE de la palabra “falsedad”.<sup>615</sup> En el primero de ellos indica “falta de verdad o autenticidad”, en el segundo “falta de conformidad entre las palabras, las ideas y las cosas” y en el tercero refiere “Delito consistente en la alteración o simulación de la verdad, con efectos relevantes, hechas en documentos públicos o privados, en monedas, en timbres o en marcas”.

Desde el punto de vista formal no encontramos una definición de los denominados delitos informáticos, sin embargo internacionalmente se han propuesto diferentes conceptos. Sin perjuicio de ello, podemos avanzar diciendo que el delito informático se configura al utilizar ilegalmente un medio electrónico, digital, tales como computadoras, equipamientos informáticos idóneos para comunicación, sin importar si es un teléfono inalámbrico, un celular, un iPod, un iPhone, utilizados

<sup>613</sup> Disponible en: <https://dle.rae.es/falsificaci%C3%B3n?m=form>.

<sup>614</sup> Disponible en: <https://dle.rae.es/falsificar?m=form>.

<sup>615</sup> Disponible en: <https://dle.rae.es/falsedad?m=form>.

con el fin de realizar actividad ilegal que encuadre en delitos penales tradicionales. Es requisito para que se configuren estafas, robos, hurtos, fraudes, falsificaciones, daños, sabotajes, entre otros, que abarque a la informática como medio para cometer la ilegalidad. La mayoría de los autores manifiestan que se trata de una nueva modalidad para cometer viejos delitos y no de una nueva categoría delictiva, sin tener en consideración el soporte que se emplee.

La Ley 26.388 introdujo modificaciones a numerosos artículos de nuestro sistema jurídico punitivo. Nos limitaremos a los que se relacionan con nuestro tema de investigación.

El artículo 255 de nuestro Código Penal fue sustituido por el siguiente:

Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que sustrajere, alterare, ocultare, destruyere o inutilizare en todo o en parte objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario público o de otra persona en el interés del servicio público. Si el autor fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo. Si el hecho se cometiere por imprudencia o negligencia del depositario, éste será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos.

En el presente artículo se protege a los medios de prueba, que al igual que el artículo sustituido no han sufrido demasiadas modificaciones con la Ley 26.388, a excepción de la incorporación del verbo alterar, en todo o en parte, y público, al funcionario, como también encontramos que la palabra “culpable” se modificó por “autor”. Fue integrado el verbo “alterar” con la finalidad de preservar los sistemas informáticos de cualquier tipo de modificación. Al considerarse como pruebas digitales, las mismas podrían con el solo hecho de alterarlas o modificarlas por medio de cualquier técnica de manipulación informática transformando el elemento probatorio. Asimismo, el término “en todo o en parte” significa que un sistema o prueba informática puede ser modificado o alterado en todo el contenido del archivo o parte de éste, precisando que debe ser definitiva cualquier variación realizada. Siguiendo con el análisis del ar-

título nos encontramos que el término “autor” se incorporó sustituyendo al término “culpable”, ya que si es analizado desde la perspectiva de la informática quien modifica un archivo, una base de datos o sistemas puede ser autor material del hecho sin ser el culpable. Quien ejecuta un delito informático por lo general debe ser una persona competente en sistemas, dependiendo el delito que se realice. No cualquier individuo puede infiltrarse a una base de datos y alterar su contenido, violando permisos o contraseñas o de ingreso sin contar con una experiencia importante en la materia.

Es un delito doloso porque quien altera, sustrae o daña lo hace conociendo el carácter de medios probatorios de los elementos en custodia. También admite la tentativa, ya que si la alteración permite su recuperación la prueba seguiría intacta. El sujeto pasivo es aquel que tiene la custodia de los elementos de prueba, mientras que sujeto activo es cualquier sujeto que altere, dañe, sustraiga la cosa, y continúa el articulado agravando la pena al depositario de la cosa si por su negligencia se comete el hecho.

Asimismo, la ley analizada derogó el inciso 1° del artículo 117 bis por entender que quedaba comprendido en el artículo 255 del mismo cuerpo legal, ya que dicho inciso establecía: “Será reprimido con pena de prisión de un mes a dos años el que insertara o hiciere insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales”.

El artículo 157 bis fue sustituido por el artículo 8 de la Ley 26.388, el cual establece que se castigará con pena de prisión de un mes a dos años el que

1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales; 2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley; 3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales. Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años.

Ello reafirma que se sancionan las conductas tendientes a ocasionar daño a las personas referidas a sus datos personales, es decir, aquellos bancos de datos personales cuya custodia deben preservar ya que contienen información privada de las personas que se encuentren registrados en ellos.

En el Capítulo IV, “Estafas y otras defraudaciones”, encontramos el inciso 16 del artículo 173, el cual instituye: “El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos”. Dicho inciso fue incorporado por la ley de delitos informáticos, considerándose como “estafas informáticas”.

Como puede apreciarse, dicho cuerpo normativo plantea y regula diferentes delitos que hasta el año de su entrada en vigencia carecían de sanciones penales por no encontrarse contemplados en nuestro régimen jurídico penal, provocando un gigantesco vacío legal y la consecuencia hábilmente aprovechada por los ciberdelincuentes, la cual es la no aplicación de penas a sus delitos informáticos.

De todo lo manifestado, podemos mencionar algunos casos, lo más conocidos, en los cuales los ciudadanos podemos caer dentro de los delitos informáticos si no prestamos suficiente atención cuando navegamos por Internet y realizamos nuestras operaciones. Cuando abrimos ciertas aplicaciones para poder gestionar nuestro dinero por medio de nuestra cuenta bancaria, billeteras virtuales o hasta una simple compra de alimentos, puede ocasionarnos más de un dolor de cabeza. Es el comienzo de un peregrinar en la nube, lo cual la mayoría de las veces uno termina perdido en el ciberespacio de todos los intentos que debe realizar para gestionar la baja o denuncia de estos hechos delictivos si fue objeto de algún engaño por parte de los delincuentes informáticos.

Uno de los delitos informáticos más comunes es el fraude a través de las falsas ventas o ventas fraudulentas hace un par de años atrás. Utilizando como medio el correo electrónico se ofrecía un bien o servicio, o por medio de las publicaciones en sitios web, el vendedor ofrece al cliente bienes de buena calidad como accesorios, computadoras, teléfonos celulares, cámaras filmadoras, cámaras fotográficas, repuestos de autos, muebles, indumentaria deportiva, formal, entre otros. El cliente reali-

zaba la compra y no recibía nada, o bien recibía un producto de menor calidad a la prometida. No existía forma de ubicar al vendedor, la página web estaba registrada a nombre de un desconocido. Otro hecho común era ofrecer trabajo en el cual el trabajador ganaría dinero desde su propia casa utilizando su computadora y su conexión a Internet. El estafador solicitaba un pago inicial de gastos de envío de manuales y documentación referida al producto a vender de una suma mínimamente razonable para poder recibir los materiales que el cliente necesita para iniciar su tarea. Realizada la transferencia del importe solicitado, la víctima nunca recibiría lo prometido, perdiendo todo tipo de contacto.

Luego siguieron las estafas con tarjetas de crédito y/o débito, por medio de las cuales los vendedores ofrecían sus servicios a través de su sitio en Internet, solicitaban a los clientes los datos de sus tarjetas de crédito o débito junto con sus datos personales, que eran utilizados por ellos mismos o se ofrecían en venta a otros delincuentes, para que realizaran compras por medios virtuales con los datos obtenidos previamente. Actualmente se realizan páginas espejos, es decir se imitan las páginas oficiales ya sea de bancos, comercios, entre otros, donde los usuarios no pueden detectar la pequeña diferencia con la página original, y realizan sus transacciones confiados, cargando sus datos personales y claves, o realizando transferencias o pagos, creyendo que lo hacen en esas entidades, pero en realidad son páginas casi exactamente iguales realizadas por los ciberdelincuentes para obtener el dinero de sus víctimas. Existen innumerables situaciones que crean inseguridad digital a todos los usuarios hoy, y a medida que surjan los avances tecnológicos, dichas estrategias de los delincuentes irán cambiando y logrando nuevas actividades ilícitas que deberemos ir comprendiendo a medida que vayamos evolucionando como sociedad.

#### ***1. 4. Documentos electrónicos en el Código Civil y Comercial de la Nación***

Haremos una breve síntesis de lo legislado sobre la temática en nuestro ordenamiento jurídico civil y comercial. Por ello comenzaremos por el artículo 286 del Código Civil y Comercial, estableciendo a la expresión escrita como aquella que “puede tener lugar por instrumentos públicos,

o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”.

El artículo mencionado es adaptable, ya que al referirse a la expresión escrita admite a todas las nuevas tecnologías. La evolución constante de éstas produjo que se establecieran principios esenciales a partir de los cuales los tribunales y operadores jurídicos podrán juzgar que existe expresión escrita y firma. De la norma transcripta podemos inferir que el principio de libertad de formas también rige en lo referido a la expresión escrita en los diferentes instrumentos utilizados, y que excepcionalmente se deberán respetar la imposición establecida de un instrumento en particular según el acto que se realice. Asimismo, la norma añade la posibilidad de expresión del acto “en cualquier soporte”, con el requisito de que su contenido sea inteligible, aunque se exijan medios técnicos de lectura. Esta última parte no reconoce antecedentes en los proyectos de reforma anteriores por razones obvias.<sup>616</sup>

Antes de la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial, observamos que existieron innumerables instrumentos sin firma, ya que son muchísimos los actos jurídicos que se realizan sin ser necesario ese dato de la persona que lo realiza.<sup>617</sup>

Como sostiene Lorenzetti, este artículo introduce el concepto de soporte, y por ende el de la grafía, con un criterio muy amplio: todo aquel elemento que permita representar el contenido de modo que los sujetos a los que va dirigido puedan enterarse del mismo, aun cuando para ello deban emplear medios técnicos. De este modo se incluye en la categoría de instrumentos a los llamados documentos electrónicos.<sup>618</sup>

---

<sup>616</sup> CAMELO, G., PICASSO, S. y HERRERA, M. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. 1ª edición. Tomo I. Buenos Aires: Infojus.

<sup>617</sup> DÍAZ de GUIJARRO, E. “La impresión digital en los instrumentos privados” en JA, p. 85; BOFFI BOGGERO, L. M. en Enciclopedia, op. cit., p. 202, y el anteproyecto de 1954 en su artículo 288.

<sup>618</sup> LORENZETTI, R. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Tomo II, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 114.

En el ámbito procesal, el artículo 378<sup>619</sup> del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación adopta un sistema mixto de apreciación de la prueba. La disponibilidad de los medios de prueba es la situación idónea en que se halla un instrumento de prueba para ser requerido por el juez o los litigantes en vista a su posterior utilización en juicio. Las partes podrán disponer, o el juez pedir de oficio, de la producción de un medio de prueba aunque no esté legalmente previsto, en tanto no afecte la moral y las buenas costumbres ni los principios generales del derecho.

La Ley 25.506, sancionada y publicada en diciembre de 2001, establece consideraciones generales sobre la firma digital, el documento digital y el documento electrónico, los certificados, el certificador licenciado y la autoridad de aplicación.

Doctrinariamente, se sostiene que la firma electrónica constituye el género dentro del cual puede distinguirse la firma digital como una especie de mayor rigurosidad tecnológica en relación a su seguridad e infraestructura. Conforme con la definición legal, se entiende por firma digital el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, se encuentra bajo su absoluto control y debe ser susceptible de verificación por terceras partes. La firma electrónica es descrita como el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica con otros datos electrónicos. El signatario la usa como su medio de identificación.

Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. En el caso de la firma digital, solo hay que invocarla; de proceder, hace plena prueba. Por tanto, los documentos firmados gozan digitalmente de dos presunciones: autoría e integridad.

---

<sup>619</sup> Artículo 378. "La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso.

Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez."

La autoría se refiere a que la firma pertenece al titular, y por ende éste no podrá repudiar lo firmado. La integridad se refiere a que el documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma, que no necesariamente implica que el contenido no pueda ser visto por terceros.

La diferencia fundamental entre ambos documentos radica en el valor probatorio atribuido a cada uno de ellos, ya que la firma digital, de ser verificada correctamente, goza de las presunciones de autoría e integridad, salvo prueba en contrario, que deberá aportar quien pretenda desvirtuar tales presunciones. En cambio, la firma electrónica carece de tales presunciones, en consecuencia, si ella fuera desconocida corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

Una firma digital deberá cumplir ciertos requisitos para ser considerada legalmente válida: a) Haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante; b) Ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado según el procedimiento correspondiente; c) Que dicho certificado haya sido emitido por un certificador licenciado o por una autoridad extranjera reconocida en los mismos términos y condiciones exigidos en la ley y sus normas reglamentarias. Además, la firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes. Tal proceso debe permitir identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.

De todo lo expresado, podemos concluir que es un documento digital y también satisface el requerimiento de escritura, según lo establecido por el artículo 6 de la Ley 25.506. Existe presunción de autoría: se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma. Así como también contiene la presunción de integridad: si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se infiere, salvo prueba en contrario, que ese documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma.

Según el último párrafo del artículo 288,<sup>620</sup> en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método para identificarla y ese método asegura razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento. Ello se logra por la utilización de la firma digital.

La definición de firma que contiene el Código no se encierra en una tecnología existente a la fecha, sino que se ha preferido una noción amplia que comprende la tecnología actual como las que puedan crearse en el futuro. Ello porque el Código es un cuerpo de leyes con vocación de permanencia y estabilidad.

La firma insertada en un instrumento permite determinar al sujeto que la suscribe y supone la conformidad del firmante con el contenido. Quien inscribe su firma al pie de un instrumento reconoce su contenido, adhiere a las conclusiones que en él se expresan, presta su conformidad. Con la sanción de la Ley de Firma Digital se otorga reconocimiento y validez legal al documento electrónico y a la firma digital que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento, utilizada en los instrumentos generados por medios electrónicos, equiparable con la firma manuscrita.

El cumplimiento de la exigencia legal de conservar documentos, registros o datos, conforme a la legislación vigente en la materia, podrá quedar satisfecha con la conservación de los correspondientes documentos digitales firmados digitalmente. Los documentos, registros o datos electrónicos deberán ser almacenados por los intervinientes o por terceros confiables aceptados por los intervinientes durante los plazos establecidos en las normas específicas. Se podrán obtener copias autenticadas a partir de los originales en formato digital firmado digitalmente. La certificación de autenticidad se hará de conformidad con los procedimientos legales, vigentes para el acto de que se trate, identificando el soporte que precede la copia.

El artículo 6 de la Ley 25.506 nos dice: “Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independen-

---

<sup>620</sup> Código Civil y Comercial de la Nación, Artículo 288, segundo párrafo: “En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”.

cia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura”. Dicha norma determina que el documento digital satisface el requerimiento “de escritura”, alude a instrumentos digitales, concediéndoles eficacia ante la imposición legal de la expresión por escrito como forma. Se pueden reproducir en soporte papel, es decir, impresos, los instrumentos digitales, y los instrumentos en soporte papel pueden ser digitalizados. Asimismo, tanto la impresión como la digitalización deben ser consideradas como simples copias o reproducciones. Los instrumentos digitales son y existen en el denominado “medio virtual”.

La parte final del artículo 6 de la ley analizada, en cuanto establece que el documento digital satisface el requerimiento “de escritura”, determina evidentemente a los instrumentos digitales, ya que pueden representar imágenes o vídeos, entre otros. No podría satisfacer el requisito al que refiere la norma. Se incorpora al instrumento digital relacionándolo con toda la normativa, tanto civil como comercial o administrativa, ante la imposición legal de la expresión por escrito como forma. Debemos tener presente que dicha ley fue creada en vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield, por lo cual no contemplaba este tipo de soportes y exigía la expresión escrita para otorgar a determinados actos efectos negociales vinculantes.

El término “digital” se usa comúnmente para referirse a todos aquellos procesos que representan, almacenan o utilizan la información en sistema binario, esto es, a casi todos los aparatos electrónicos e informáticos que nos rodean actualmente.

## Conclusión

El continuo desarrollo y crecimiento de la tecnología provoca el incremento de la delincuencia en iguales proporciones. Internet se ha convertido en una de las fuentes de información más potentes del mundo y como tal es un suministro inagotable de datos que pueden ser, y de hecho es utilizada no solo por la gente de bien sino también por la delincuencia.

Hoy debemos contemplar la falsificación de documentos electrónicos involucrando no solo a los documentos que conocimos en los orígenes de nuestra historia como humanidad, sino que en la actualidad debemos sumar a todos los medios digitales en los cuales se originan innumerables documentos electrónicos, los que serán luego objeto de controversias si éstos son utilizados con fines ilícitos.

Si bien todo lo manifestado es solo una breve síntesis de lo investigado, podemos decir que en nuestro país se encuentran regulados los delitos informáticos hace escasos quince años con la Ley 26.388. Su promulgación vino a llenar un vacío legal, pero no deja de ser cierto que dicha normativa con las penas actuales que establecen son artículos de muy poca utilidad. Ello nos demuestra que hay mucho por regular, ya que constantemente la evolución de las nuevas tecnologías hace y hará necesarias las pertinentes actualizaciones de nuestro sistema jurídico. De igual manera sucederá en todo el planeta, ya que son conductas antijurídicas que pueden involucrar a personas de diferentes países. Los juristas, abogados y operadores jurídicos deberemos estudiar esta temática permanentemente, porque la informática se transforma de manera continua, lo cual generará como consecuencias nuevas conductas delictivas.

Podemos decir que la consideración de los distintos procesos de cambio muestra que el progreso técnico logrado por el hombre no debe imponerse a la totalidad de las actividades de la sociedad en forma coactiva. Es aceptable acoger las ventajas que la tecnología y la inteligencia artificial nos ofrece, pero no al punto de sumergirnos en un mundo en el que no podamos distinguir la realidad de la ficción. Cuando la sociedad romana incorporó el documento escrito para formalizar los distintos actos de la vida civil, seguramente pensó en la mayor seguridad que esto reportaría a sus negocios y cuando en la

# Cesárea *post mortem*: disposiciones contradictorias en la fuente justiniana y su proyección en la actualidad

---

Por Bibiana Llaryora<sup>621</sup>

## Resumen

Cuando pensamos en ciertos extremos de la existencia humana, tales como la muerte y la vida, el dolor y la felicidad, podríamos imaginar, por ejemplo, que estamos frente a la situación que se genera cuando una madre fallecida da a luz a un hijo vivo.

Vista esa realidad desde la óptica del derecho romano, haremos hincapié en dos disposiciones correspondientes a los jurisconsultos Paulo y Ulpiano, es decir, D. 50. 16. 132. 1 y D. 50. 16. 141, respectivamente, que contenidas en el Título XVI del Libro 50 de la compilación justiniana, cuya rúbrica es “De la significación de las palabras”, formulan la cuestión de manera contradictoria, referencia que complementaremos con el tratamiento del tema a la luz del Código Civil y Comercial argentino.

---

<sup>621</sup> Profesora Ayudante de la Cátedra “B” de Derecho Romano (Universidad Nacional de Córdoba) y Tutora Académica en la asignatura Práctica Profesional III (Área Legislativa) del Programa de Enseñanza para la Práctica Jurídica (UNC).

**Palabras clave:** parto; mujer fallecida; normas contradictorias

## Abstract

*When we think about certain extremes of human existence, such as death and life, pain and happiness, we could imagine, for example, that we are faced with the situation that arises when a deceased mother gives birth to a living child.*

*Viewing this reality from the perspective of Roman law, we will emphasize two provisions corresponding to the juriconsults Paulo and Ulpiano, that is, D. 50. 16. 132. 1 and D. 50. 16. 141, respectively, which contained in Title XVI of Book 50 of the Justinian Compilation, whose rubric is “On the meaning of words”, they formulate the question in a contradictory way, reference that we will complement with the treatment of the subject in the light of the Argentine Civil and Commercial Code.*

**Keywords:** childbirth; deceased woman; contradictory norms

## I. Introducción

Incursionando en la fuente justiniana, nos percatamos de la existencia de dos citas, ambas comprendidas en el Título XVI del Libro 50 del Digesto. Este título lleva como rúbrica la leyenda “De la significación de las palabras”, donde los ilustres juriconsultos Paulo y Ulpiano hacen referencia al parto de la madre fallecida a quien se le extrajo el hijo mediante una cesárea, llamando la atención la diferente visión que brindan al respecto. Mientras Paulo sostiene que “Es falso que haya parido aquella a quien muerta se le extrajo el hijo”,<sup>622</sup> Ulpiano, de un modo opuesto, señala lo siguiente: “Se cree que tiene un hijo también la mujer que al morir pueda darlo a luz abriéndosele el vientre”.<sup>623</sup>

Como consecuencia de lo anterior, esta elaboración ha sido intuitu-

<sup>622</sup> PAULO, D. 50, 16, 132, 1.

<sup>623</sup> ULPIANO, D. 50, 16, 141.

lada “*Cesárea post mortem*: disposiciones contradictorias en la fuente justinianea y su proyección en la actualidad”, cuyo desarrollo se basa especialmente en tres ejes temáticos. En primer lugar, el *parto*, mediante la forma especial de alumbramiento indicado, es decir, la disecación, porque la situación fatal referida no daba lugar a otra manera. En segundo término, nos ocupamos del *nasciturus*, haciendo hincapié en distintas doctrinas sobre su naturaleza jurídica. Y en tercer orden, profundizamos en la cuestión de la *contradicción normativa*, en torno a la cual realizamos un sencillo tratamiento, considerando especialmente la visión del insigne Carlos Santiago Nino.

Asimismo, corresponde señalar que el abordaje en su conjunto solo fue elaborado a la luz del derecho romano justinianeo y del derecho civil y comercial argentino, con referencias también a la Ley N° 25929/04, Ley Nacional de Parto Respetado.

## II. Parto

### II. 1) Definición

El parto es definido como “la expulsión de uno (o más) fetos maduros y la(s) placenta(s) desde el interior de la cavidad uterina al exterior”.<sup>624</sup> Expresado de una manera similar, puede decirse que es el “proceso por el que la mujer expulsa al feto y la placenta al final de la gestación”.<sup>625</sup>

“En el parto se distinguen los siguientes períodos: pródromos, primeros síntomas del comienzo del parto; período de dilatación, en el que el cuello uterino se dilata hasta alcanzar los 10 cm (dilatación completa); expulsivo, tercer periodo, que termina con la salida completa del feto; y, por último, periodo de alumbramiento, en el que se expulsa la placenta”.<sup>626</sup>

<sup>624</sup> BOMBÍ, I. (2021). “Voz parto. Definición de parto. Características y tipos”. En *Salud Mapfre*. Consultado en: [www.salud.mapfre.es](http://www.salud.mapfre.es) el 25/09/22.

<sup>625</sup> Real Academia Española. “Voz parto”. En *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Consultado en <https://dpej.rae.es> el 25/09/2022.

<sup>626</sup> Especialistas de la Clínica Universidad de Navarra. “Períodos del parto”. En *Diccionario Médico*. Consultado en <https://www.cun.es> el 25/09/2022.

## II. 2) Etimología

La palabra parto procede del latín *partus-us*, que es “el nombre de efecto o resultado derivado del supino partum del verbo latino *parere*, que significa, hacer nacer, engendrar, producir”.<sup>627</sup> De allí que *partus* en latín no solo alude al acto de parir una criatura, sino también al acto de concebirla o engendrarla, y también a la criatura misma, al niño, al hijo que es el resultado de esa concepción. De igual manera en sentido figurado *partus* se aplica a la producción de las plantas o a cualquier cosa engendrada por el entendimiento humano, lo cual explica todos sus significados actuales.

Pero existe otro vocablo *parto*, que es el referido al habitante de una zona de Asia llamada Partia. Esta voz procede del latín *parthus*, término que fue utilizado con el valor de persa, que deriva de *phartava*.

Siguiendo con esta última acepción, dicese que los partos fueron una constante amenaza para el Imperio romano en sus fronteras orientales y lucharon contra éste en varias oportunidades, hasta que su poder decayó en el siglo III d. C.

## II. 3. Clases

Para su clasificación pueden tenerse en cuenta varios aspectos, y así considerar al parto según las semanas de gestación, la manera de su inicio y el modo de su finalización.

Si atendemos exclusivamente a las semanas de gestación, existen tres tipos de parto:

- *Parto a término*: Es el parto que se produce entre las 37 y las 42 semanas de gestación; es el parto a tiempo normal.
- *Parto pretérmino* o *parto prematuro*: Es el que tiene lugar

---

<sup>627</sup> Etimologías de Chile. “Voz parto”. En *Diccionario etimológico*. Consultado en <http://etimologias.dechile.net> el 25/09/2022.

cuando el embarazo finaliza antes de las 37 semanas de gestación.

- *Parto postmaduro*: Se produce cuando el embarazo sobrepasa las 42 semanas de gestación.

En cuanto a las modalidades del parto según el inicio, encontramos:

- *Parto espontáneo*: Como su nombre lo indica, el mismo se da cuando el proceso del parto comienza de manera natural, sin necesidad de intervenir con algún procedimiento médico para que se desencadene.
- *Parto inducido*: “La inducción al parto es lo que comúnmente se conoce como provocar el parto”.<sup>628</sup> Se debe realizar siempre en base a criterios clínicos y mediando una valoración previa de los riesgos y beneficios que tiene tanto para la madre como para el bebé.

Y en lo que concierne a su finalización, nos encontramos con dos tipos de parto, a saber:

- *Parto eutócico o normal*: Es aquel que se produce con la salida del bebé y la placenta mediante los pujos maternos por vía vaginal. La OMS define el parto normal como “el parto de bajo riesgo en el que el bebé nace de manera espontánea con el esfuerzo materno en posición cefálica”,<sup>629</sup> es decir, con la cabeza fetal hacia abajo.
- *Parto distócico*: La distocia alude siempre a un problema que impide que se produzca el parto normal o eutócico. Los partos distócicos se distinguen a su vez en:
  - o Partos instrumentales: Realizados mediante vacuo o ventosa, fórceps o espátulas.
  - o Partos quirúrgicos: Cesárea.

---

<sup>628</sup> LÓPEZ, D. (2015). “Tipos de parto.” En *Materna birth matters*. Consultado en [www.materna.es](http://www.materna.es) el 25/09/2022.

<sup>629</sup> *Ibidem*.

## II. 4. a) Etimología. Consideraciones históricas

Etimológicamente, la palabra *cesárea* proviene del verbo latino *caedere*, que significa *cortar*, justamente, en referencia a que la extracción del feto por vía abdominal tiene lugar en virtud de una incisión en el útero materno.

Al respecto, varias son las razones acerca del origen de la denominación: en primer lugar, se indica que la designación responde a la Ley Regia de Numa Pompilius (siglo VIII a. C.) “que impedía inhumar a la mujer muerta embarazada sin haber sacado previamente al niño por una incisión abdomino-uterina (ley de los cesáres)”.<sup>630</sup> En segundo término, se habla de “la leyenda (que) cuenta que Julio César nació de este modo”,<sup>631</sup> y por último, existen noticias sobre “los escritos atribuidos a Plinio, historiador de la Antigüedad, (quien manifestaba) que el primero de los cesáres nació por vía abdominal”.<sup>632</sup>

Una importante nota a tener en cuenta en torno a las cesáreas realizadas en la vieja época es que solo se practicaban cuando la madre ya había muerto, dado que se trataba de “una operación de alto riesgo y la embarazada corría peligro de muerte si se realizaba en vida, por el riesgo de hemorragia masiva y de infecciones graves”.

Una conocida leyenda vincula a la voz cesárea con el nombre del famoso Julio César, ya que se dice que él habría nacido de esta manera. No obstante, “sabemos que su madre Aurelia vivió muchos años después de que él naciera, por lo que es muy improbable que Julio César viniera al mundo gracias a una cesárea”.<sup>633</sup>

Por otra parte, para Plinio el Viejo, el cognomen *Caesar* procedería de un antepasado del insigne dictador que, él sí, habría nacido de este modo.

<sup>630</sup> LUGONES BOTELL, M. (2001). “La cesárea en la historia.” En *Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología*, Vol. 27, N° 1.

<sup>631</sup> *Ibidem*.

<sup>632</sup> *Ibidem*.

<sup>633</sup> SIERRA VALENTI, X. (2017). “Parto, nacimiento y muerte en la Antigua Roma.” En *Un dermatólogo en el museo*. Consultado en [xsierrav.blogspot.com](http://xsierrav.blogspot.com) el 25/09/2022.

A su vez, la *Lex Caesarea* (año 715 a. C.) disponía que una mujer que muriese durante el embarazo tardío debía ser sometida a esta intervención con la finalidad de salvar la vida del *nasciturus*.

En los hechos, la primera cesárea de cuya supervivencia materna tenemos plena constancia se practicó en Suiza en el año 1500. Se trata de la cesárea “del célebre castrador de cerdos, Jacques Nüffer, de Sigershausen”,<sup>634</sup> realizada a su propia mujer Isabel, ya que ella venía, hacía varios días, en previa labor de parto. Para proceder a tamaña empresa, que ejecutó sin anestesia, sin antibióticos y con las escasas medidas de higiene que la época permitía, solicitó antes el correspondiente permiso a las autoridades.

Los pormenores de esta hazaña fueron narrados por el historiador Caspar Bauhin, registro escrito cuya veracidad genera dudas para otros estudiosos, pues la inscripción data de 82 años después de su acontecimiento.

El antecedente que sí fue ampliamente aceptado es que los primeros intentos de cesáreas en mujeres vivas corresponden al siglo XVI. Esta operación era ampliamente rechazada por los expertos en medicina, pues la mayoría de los casos concluían con la muerte de la madre, no debiendo olvidar que la verdadera anestesia nació recién en el siglo XIX, de la mano de los descubrimientos de los gases.

En la historia, “el primer registro de un niño nacido mediante cesárea fue en Sicilia”,<sup>635</sup> y data del año 508 a. C. Recién a finales del siglo XVIII la cesárea registra progresos en su técnica operatoria.

Cabe señalar que históricamente varias ciudades que fueron instauradas o hermoeadas por emperadores romanos recibieron el nombre de Cesárea. Es el caso de aquella población ubicada en la costa del Mediterráneo, entre Galilea y Samaria, que fue creada por Herodes, a la que bautizó así en honor a Augusto. Al morir el monarca, Cesárea se convirtió en la capital de la provincia romana de Judea, ciudad que creció y se

---

<sup>634</sup> NAVA, A. “La primera cesárea a una mujer viva” *En Ciencia MX, Anécdotas Científicas*. Consultado en [www.cienciamx.com](http://www.cienciamx.com) el 25/09/2022.

<sup>635</sup> LUGONES BOTELL, *op. cit.*

tornó uno de los focos del cristianismo cuando San Pedro y San Pablo predicaron en ella.

Lamentablemente, dicha capital entró en decadencia y fue arrasada en el siglo XIII tras su conquista por el islam, permaneciendo en ruinas hasta el siglo XIX, cuando, colonizada por pescadores bosnios musulmanes, perdió los últimos indicios de su historia.

## II. 4. b) Comadronas

El médico Sorano de Éfeso (98-138 d. C.), de origen griego, nacido en el Asia Menor, de quien se cree que estudió en Alejandría y practicó la medicina en la Roma de los emperadores Trajano y Adriano, se destacó por ser el autor del primer tratado de ginecología denominado *Libros de las Enfermedades de las Mujeres (Gynaikeia)* y el de la primera biografía conocida de Hipócrates, producción a la que se suman sus escritos sobre cirugía, medicina interna y embriología, entre otros.

Dicho tratado, que estaba compuesto por cuatro tomos redactados en griego y que fueron luego traducidos por Muscio al latín en el siglo VI d. C., se constituyó en el más importante de la época, que lo catapultó a ser el padre de la obstetricia y la ginecología.

Cabe destacar que la primera parte de su obra trata sobre las comadronas. Después detalla la anatomía de los genitales femeninos, resume sus funciones y presenta aspectos fisiológicos de la menstruación y del embarazo. Continúa con un tratado sobre el parto y cómo debe ser cuidada la madre y el recién nacido durante el mismo, para finalizar con una sección dedicada a las enfermedades.

En la Antigua Roma, las comadronas ayudaban en los partos (el término comadrona procede de *cum matrona*, es decir, quien está con la mujer de la casa).

Por su lado, los médicos solo acudían al momento del alumbramiento, cuando la vida de la madre o la del niño corría peligro, y exclusivamente si las parteras los requerían.

En la mentada ciudad también existían ginecólogas (*feminae medicae*), pero éstas solo se dedicaban a las enfermedades propias de las mujeres y no acostumbraban a ejercer como obstetras.

En cuanto al término *obstetra*, que es hoy utilizado para designar al profesional médico dedicado a la atención de la mujer embarazada, procede de la palabra *obstetrix*, con la que los romanos designaban a la comadrona o partera.

La voz *obstetrix* proviene también del término latino *ob stare*, que significa estar delante, con el cual se alude, hablando de manera primigenia, “al ámbito profesional de aquella que, inicialmente y durante muchos siglos, fue protagonista absoluta de la atención materna”.<sup>636</sup>

Sin embargo, la cuestión no presenta claridad en cuanto a la etimología del término *obstetrix*, como lo señalan algunos autores que atribuyen el origen del vocablo a la palabra *adstetrix*, con el significado de la mujer que asiste a la parturienta.

De igual manera, la palabra se presenta escrita con la grafía *opstetrix*, “del latín clásico, procedente de ‘ops’ (ayuda) en el sentido de ‘prestar ayuda’”. Este término se utilizó con mayor frecuencia y aparece en inscripciones latinas y en obras clásicas de Plauto y otros autores grecolatinos”.<sup>637</sup>

“Actualmente, la mayoría de las voces autorizadas la hacen derivar de ‘obstar’ u ‘obstare’, en el sentido de ‘estar al lado de’ o ‘delante de’, en el papel que cumple la comadrona de asistir a la parturienta”.<sup>638</sup>

En base a los comentarios sobre el tratado de Sorano, se sabe que “el principal instrumento de las comadronas era la silla de parir, dotada de respaldo, brazos y un asiento con un entrante en forma de media luna, para permitir el paso del niño por el orificio”.<sup>639</sup>

El ancho total de la silla debía ser capaz de recibir a mujeres incluso muy obesas; su altura era media. Para las damas más pequeñas, se co-

<sup>636</sup> VALLE RACERO, J. (2003). “Acerca de los términos comadrón/a, matrona, obstetrix y otros” En *Matronas Profesión*, Vol. 4, N° 11, p. 19 ss. Consultado en <http://federacion-matronas.org>.

<sup>637</sup> *Ibidem*.

<sup>638</sup> VALLE RACERO, *op. cit.*, p. 19 ss.

<sup>639</sup> SIERRA VALENTI, *op. cit.*

locaba un taburete bajo las extremidades inferiores para compensar la talla de sus miembros. En la parte superior, a los lados del asiento había dos brazos, donde las manos podían apoyarse al realizar esfuerzos. Finalmente, tenía un respaldo inclinado de modo tal que los riñones y las caderas encontrarán allí una resistencia a las contracciones.

Entre el asiento y el suelo había tableros en los dos flancos, “pero no por delante ni por detrás, para (posibilitar) las maniobras de la (asistente). La parturienta realizaba la dilatación en la cama y se sentaba en la silla que había traído la comadrona al comienzo de la fase de ‘expulsión’”.<sup>640</sup>

Cuando la familia no disponía de recursos suficientes, solía sustituirse la silla por una persona fuerte que sentaba a la madre en su regazo, de modo que el niño salía por entre las piernas de ambos. La comadrona era auxiliada habitualmente en su labor por tres personas, que se ubicaban dos a los lados y una por detrás de la silla.

En lo que respecta a las condiciones que debía tener el lugar, Sorano señala que era necesario preparar una habitación bien arreglada, con dos camas, una blanda para que la parturienta repose después de dar a luz y otra dura para que esté durante el parto. Aconseja, además, haber preparado todo tipo de productos y objetos de higiene, como aceite de oliva para las inyecciones; agua caliente para lavar las partes íntimas; fomentos calientes para aplacar los dolores; esponjas suaves para absorber las diversas secreciones; una pieza de lana para cubrir las partes femeninas; vendas para fajar al recién nacido; un almohadón para colocar al bebé; y productos comestibles diversos, membrillo, limón, melón, pepino, que sirven para incentivar a la parturienta agotada.

En orden a las cualidades que la comadrona debía poseer, el mismo autor menciona: debe ser robusta y de fuertes brazos, tener largos y finos dedos con cortas uñas en sus extremos, debe ser culta, tener una buena memoria, ser capaz de impartir información y ser respetable.

En términos generales se requería que dispusiera de “una instrucción elemental, vivacidad de espíritu, ardor en el trabajo, discreción, y sensibilidad viva”.<sup>641</sup>

<sup>640</sup> *Ibidem*.

<sup>641</sup> LÓPEZ GREGORIS, R. y UNCETA GÓMEZ, L. (2011). *Ideas de mujer. Facetas de lo femenino en la Antigüedad*. Alicante: Publicaciones de Universidad de Alicante, p. 271 ss.

Y además de enumerar los requisitos, explica el motivo de cada uno de ellos:

La instrucción elemental le permitía adquirir su arte recurriendo también a la teoría; la vivacidad de espíritu, seguir fácilmente los conocimientos que se le inculcaran, pues conocer es acordarse de lo que se ha aprendido; el entusiasmo en el trabajo le concedía resistencia frente a las adversidades; la discreción se justificaba, puesto que las familias se confiaban a la obstetrix y ella tenía acceso a los secretos de los demás (las menos serias tomaban pretexto para urdir cualquier deshonestidad de sus pretendidos conocimientos médicos).<sup>642</sup>

Las parteras gozaron de buena reputación tanto en Grecia como en Roma. Sin embargo, a veces eran consideradas como causantes de abortos utilizando, como el médico, drogas peligrosas cuyo empleo estaba prohibido en tanto no fuera necesario. En este ambiente, la *obstetrix* era comparable al curandero, tal vez “porque el parto, en todas las culturas de la Antigüedad, se vio rodeado de un halo de encantamientos y prácticas muy cercanas a la magia”.

### III. *Nasciturus*: distintas teorías

La voz latina *nasciturus* alude al ser humano concebido que se encuentra aún en el claustro materno, concepto distinto al de *natus*, que se refiere al ser ya nacido.

En la terminología jurídica, existe una expresión de carácter técnico para distinguir al concebido no nacido, que tiene como punto de partida a la locución “*Qui in utero sunt*” (los que están en el útero). Esto se aplicó desde la República romana al Principado, extendiéndose hasta el siglo XVIII.

Uno de los aspectos más controvertidos dentro de la doctrina científica que estudia al *nasciturus* es el que concierne a su naturaleza jurídica. Al respecto existen distintas posturas.

---

<sup>642</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 272 ss.

### III. 1. Teoría de la *portio mulieris*

La teoría de la *portio mulieris* se basa en algunos textos romanos mencionados por la doctrina tradicional, de cuya interpretación deriva que el concebido es parte de la mujer o de sus vísceras. En relación a ello, el Título IV del Libro Vigésimo Quinto del Digesto, título que lleva por rúbrica “De la inspección del vientre y de la custodia del parto”, trae una cita de Ulpiano que establece, en el parágrafo 1 del fragmento 1, lo siguiente: “(...) y no sin razón, porque el parto, antes que se dé a luz, es parte de la mujer o de sus entrañas (...)”.<sup>643</sup>

La tesis planteada también se fundamenta en la aseveración del jurisculto Gayo, por la que el concebido no se encuentra aún “*in rebus humanis, in rerum natura*”,<sup>644</sup> lo que significa que “el concebido pero no nacido, no puede considerarse entre los humanos ni entre las cosas de la naturaleza”.

En la actualidad, el fundamento de esta teoría carece de fortaleza, ya que si bien en la etapa de gestación el concebido depende del soporte vital que le brinda su madre, no podría señalarse que forma parte del cuerpo de aquella pues se halla genéticamente individualizado y tiene estructuras anatómicas propias que se distinguen esencialmente de las maternas.

### III. 2. Teoría de la ficción

Esta segunda doctrina encuentra también su base conceptual en las fuentes romanas clásicas, y se trata de una teoría que ha sido acogida por numerosos códigos civiles, posición que toma como punto de partida el principio latino contenido en el fragmento 7 del Título V del Libro Primero del Digesto, título que lleva por rúbrica “Del estado de los hombres”, donde Paulo indica lo siguiente: “El que está en el útero

<sup>643</sup> ULPIANO, D. 25, 4, 1, 1.

<sup>644</sup> HUNG GIL, F. (2009). “Una aproximación crítica al estatuto jurídico del concebido no nacido”. En *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Nº 23, p. 91 ss.

es atendido lo mismo que si ya estuviese entre las cosas humanas, siempre que se trate de la conveniencia de su propio parto (...).<sup>645</sup>

Conforme a esta posición, al concebido se lo reputa como si ya hubiese nacido, para atribuirle una serie de derechos, en la mayoría patrimoniales. Asimismo, se considera al por nacer, antes del parto, como una esperanza de hombre.

El derecho romano, teniendo en cuenta la futura condición jurídica del *nasciturus*, estableció reglas orientadas a protegerlo durante la gestación y a garantizar la adquisición de ciertos derechos que le corresponderán al nacer. Las normas protectoras del *nasciturus* giraban en torno a la prohibición del aborto provocado por la misma mujer o por un tercero, la realización de la operación cesárea en caso de muerte materna, la prohibición de que una mujer en estado de gestación sufriera tormentos físicos y el aplazamiento de la pena capital hasta después del parto.<sup>646</sup>

En cuanto a la protección de sus intereses, se admitió que pudiera ser instituido heredero en un testamento y se le confiriera la posesión de los bienes a la mujer encinta. La legislación justiniana se hace eco de esta protección disponiendo que siempre que se trate del beneficio del *nasciturus* puede considerarse como nacido.

### III. 3. Teoría de la personalidad

Esta corriente en el pensamiento jurídico, que data de la Edad Contemporánea, tiene como punto inicial la consideración de la personalidad jurídica del ser humano concebido y se origina en el derecho romano con un camino de continuidad en la tradición legislativa ibérica y latinoamericana.

Los romanistas Pierángelo Catalano, en la doctrina italiana, y Mercedes Gayosso y Navarrete, en la mexicana, quienes siguen de cerca las reflexiones de Ricardo Orestano, declaran la “existencia de una paridad

<sup>645</sup> PAULO, D. 1, 5, 7.

<sup>646</sup> HUNG GIL, *op. cit.*, p. 94 ss.

ontológica evidente en las fuentes romanas de los períodos clásico y justinianeo entre *qui in utero sunt y natus*.<sup>647</sup> Esa aproximación entre el concebido y el ser ya nacido se apaga bajo la influencia de las doctrinas pandectísticas y civilísticas que afloran a partir del siglo XVIII y por el surgimiento de conceptos abstractos, tales como personalidad, subjetividad y capacidad jurídica, entre otros.

Quienes se inclinan por este postulado sostienen que dicha paridad no proviene de una ficción, la cual puede ser justificada a partir de expresiones ambiguas presentes en las fuentes.

Una cita, que es valiosísima por ser testimonio de la paridad en la protección entre el *partus* y el niño, e incluso de la tutela especial que recibe el primero en cuanto nace también en interés del Estado, se encuentra en el Título IX del Libro XXXVII del Digesto, cuya rúbrica es “De la posesión que se ha de dar al que está en el claustro materno y a su curador”. Allí, en el primer fragmento, Ulpiano señala lo siguiente: “Así como el Pretor cuidó de los descendientes que ya habían nacido, no descuidó tampoco, por la esperanza de que nacieran, a los que todavía no habían nacido”.<sup>648</sup>

Además, en el Título V del Libro XXVI del Digesto, cuya rúbrica es “De los tutores y de los curadores dados por los que tienen derecho para darlo, y quiénes, y en qué casos pueden ser dados especialmente”, Modestino indica, en su vigésimo fragmento, lo que se manifiesta seguidamente: “No puede darse por los magistrados del pueblo romano tutor al que está en el vientre, pero puede dársele curador, porque en el edicto se comprendió el nombramiento de curador”.<sup>649</sup>

Existe una continuidad conceptual en la región ibérica en lo que respecta a la apreciación jurídica del concebido. En este orden de cosas, la obra de Alfonso X El Sabio, cuando se refiere al Estado y condición de los hombres, determina, en la Partida IV, Título XXIII, denominado “Del estado de los omes”, que éstos “son libres, siervos o libres que

---

<sup>647</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, p. 97 ss.

<sup>648</sup> ULPIANO, D. 37, 9, 1.

<sup>649</sup> MODESTINO, D. 26, 5, 20.

llaman en latín libertos. Y aún hay otra división, porque son nacidos o están por nacer”.<sup>650</sup>

En la misma partida, la Ley III, bajo la denominación “En qué estado y de qué condición es la criatura, mientras que está en el vientre de su madre”, señala: “Mientras que esté la criatura en el vientre de su madre toda cosa que se haga, es en provecho de ella, aprovechase tanto, así como si fuese nacida, pero lo que fuese dicho o hecho a perjuicio de su persona o de sus cosas, que no le impide”.<sup>651</sup>

Las Siete Partidas también fueron un conducto eficaz para la recepción del derecho romano justiniano en la América española. Son ejemplos de la tradición justiniana ibérica, en cuanto a la consideración jurídica del *nasciturus*, la labor codificadora de Teixeira de Freitas en Brasil y de Vélez Sarsfield en Argentina, insignes juristas para los cuales el *nasciturus* es ya una persona, y lo ponen de manifiesto al emplear el concepto de *peçoas por nascer* (Teixeira de Freitas) y personas por nacer (Vélez Sarsfield). Para estos autores el concebido no es una persona futura o mera esperanza, sino una persona por nacer que ya tiene existencia en el vientre de la madre.

Si bien la tesis de la personalidad es una de las más controvertidas, su linaje romano y el contenido ético latente en su base conceptual la constituyen en una de las teorías más integrales en orden a la protección del *nasciturus*.

### III. 4. Teoría de la subjetividad

La noción de sujeto de derecho, que es una idea esencial en las construcciones teóricas derivadas de la pandectística alemana del siglo XIX, se refleja en la moderna doctrina, como la colombiana, que explica la tesis de la subjetividad del concebido del siguiente modo:

---

<sup>650</sup> ALFONSO X EL SABIO, Part., 4, 23.

<sup>651</sup> *Ibidem*, op. cit., 23, 3.

(...) el que está por nacer no es persona; sin embargo, desde la Antigüedad los ordenamientos jurídicos se han preocupado por proteger la vida y las expectativas del que está por nacer y para ello, los Estados lo han considerado sujeto de derecho sin personalidad; tal (apreciación) se hace en razón de la fugacidad de este ente, ya que la máxima consideración temporal, como regla general, es de trescientos (300) días, término al cabo del cual se encuentra con la persona jurídica individual o se llega a la certeza de la no existencia de ella.<sup>652</sup>

Como puede apreciarse, la teoría moderna que apoya la existencia de los sujetos de derecho sin personalidad incluye especialmente como uno de los sujetos al *nasciturus*. Tal consideración es factible de ser fundada en una doble circunstancia: la individualidad del concebido, a pesar de que durante la gestación se halla enlazado al soporte vital del cuerpo materno, y la puntual atribución de derechos por parte de los ordenamientos jurídicos, en beneficio de los por nacer.

Los avances científico-técnicos que afirman la individualidad genética del concebido, y por ende, su autonomía funcional con respecto al cuerpo materno, sin negar que durante la gestación el *nasciturus* depende del soporte vital aludido, fundamentan su existencia como ser humano en plena formación, lo cual se encamina a la necesidad de un resguardo efectivo por parte del ordenamiento jurídico.

Entre la concepción y el parto, los ordenamientos atribuyen al *nasciturus* ciertos derechos, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, que se relacionan con los denominados *efectos favorables*, lo cual no es otra cosa que una adecuación del principio romano del *commodum*.

La atribución de estos derechos y la específica protección que concede el ordenamiento a determinados bienes como la vida, la integridad física, entre otros, hacen que el *nasciturus* se convierta en un centro de imputación jurídica durante el período de la gestación, y por consiguiente, en un sujeto de derecho especial.

Comparativamente, es posible expresar que mientras la teoría de la personalidad posee un evidente acento ético y se basa en la identidad

---

<sup>652</sup> HUNG GIL, *op. cit.*, p. 104 ss.

existente entre las nociones de persona y concebido, la teoría de la subjetividad tiene su origen en una abstracción jurídica privativa del derecho moderno y explica la especial tutela otorgada al concebido (centro de imputación de derechos y deberes favorables), recurriendo a ese concepto abstracto y técnico que señala al *nasciturus* como sujeto de derecho.

#### IV. Compilación justiniana

En la compilación justiniana, el Título XVI del Libro Quincuagésimo del Digesto, que se refiere a la significación de las palabras a lo largo de 246 fragmentos, contiene dos disposiciones que, de manera contradictoria, aluden a la situación de la mujer que muere al momento de dar a luz, durante el parto. Allí, Paulo y Ulpiano, respectivamente, señalan lo siguiente: “Es falso que haya parido aquella a quien muerta se le extrajo el hijo”<sup>653</sup> y “Se cree que tiene un hijo también la mujer que al morir pueda darlo a luz abriéndosele el vientre”.<sup>654</sup>

En cuanto al pensamiento pauliano vertido en las Sentencias, encontramos el siguiente texto: “El vientre que aborta o mal pare es evidente que no produce el parto”.<sup>655</sup>

Como puede observarse, el tema de la maternidad tiene su espacio en el Título XVI del último libro del Digesto, en el cual mencionamos comparativamente a esas dos disposiciones, que exhiben la misma obra de referencia en la *inscriptio*, es decir, los “Comentarios a la Ley Julia y Papia”, Libros III y VIII, respectivamente.

Más allá de las discordancias existentes, lo notable es que al momento de la muerte de la mujer embarazada algunas prescripciones comprendidas en el propio Digesto consideran con vida al hijo que estaba en el útero.

La base de los preceptos en cuestión está contenida en el fragmento 153, del Título XVI del Libro Quincuagésimo del Digesto, donde el

<sup>653</sup> ULPIANO, D. 50, 16, 141.

<sup>654</sup> TERCENIO CLEMENTE, D. 50, 16, 153.

<sup>655</sup> MARCELO, D. 11, 8, 2.

jurista romano Terencio Clemente señala: “Se ha de entender que existió al tiempo de la muerte el que fue dejado en el claustro materno”.<sup>656</sup>

A su vez, siguiendo el mismo criterio, en el fragmento 2 del Título VIII, del Libro Undécimo del Digesto, que lleva por rúbrica “De enterrar un muerto y de construir un sepulcro”, el jurisconsulto Marcelo denota lo siguiente: “Prohíbe la ley Regia, que la mujer, que haya muerto embarazada, sea enterrada antes que se le extraiga el parto; y el que hiciera lo contrario, se considera que con la embarazada mató la esperanza de que viviese aquel”.<sup>657</sup>

Recordemos que la Ley Regia o Ley César del monarca Numa Pompilio era una medida “que bajo los Césares habría tenido el apelativo de cesárea, (impuso) la extracción abdominal *post-mortem* para salvar al feto”.<sup>658</sup>

Por ende, las cesáreas solo se realizaban cuando la madre ya había muerto. Era una operación de alto riesgo y la embarazada corría peligro de expirar en el supuesto caso de realizarse en vida, debido a la posibilidad de hemorragia masiva e infecciones graves. Dicho de otra manera, si tras la muerte de la madre no se hubiese practicado la cesárea, el hijo también hubiese fallecido.

Indudablemente, tal tratamiento normativo obedece a la importancia de determinar los efectos que el evento descrito genera en materia sucesoria, y para ello, partiremos del siguiente interrogante: al fallecer la madre, casada *sine manu*, ¿le podían suceder civilmente los hijos sometidos a la patria potestad de su padre, de su abuelo o incluso de un extraño, siendo que las progenitoras nunca ejercieron un poder equiparable a dicha *potestas*? En efecto, era factible otorgar a los hijos el derecho a heredar a sus madres. Precisamente una de las más valiosas aportaciones la brindó el senadoconsulto Orficiano al permitir el acceso a la herencia materna a los hijos *alieni iuris*. De allí que en el párrafo quinto del fragmento 1 del Título XVIII del Libro 38 del

<sup>656</sup> TERCENCIO CLEMENTE, D. 50, 16, 153.

<sup>657</sup> MARCELO, D. 11, 8, 2.

<sup>658</sup> SARDUY NÁPOLES, M. et al (2018). “La cesárea como la más antigua de las operaciones obstétricas”. En *Centro de Investigaciones Médico Quirúrgicas*, Vol. 44, N° 2, Universidad de Ciencias Médicas, La Habana, Cuba.

Digesto, cuya rúbrica es “Sobre el senadoconsulto Tertuliano y sobre el Orficiano”, Ulpiano manifieste lo que se indica a continuación: “Pero si el hijo hubiera sido dado a luz, habiéndosele abierto el vientre a la madre, se ha de decir preferentemente que también éste es admitido a la herencia legítima”.<sup>659</sup>

En la evolución del tiempo, encontramos que la sucesión intestada entre madres e hijos unidos por un vínculo cognaticio era extraña en el viejo derecho civil. “Por su parte, el derecho pretorio reconocía el parentesco de sangre en el tercer orden de llamamientos *ab-intestato, unde cognati*, pero estos parientes quedaban postergados ante la presencia de los agnados, llamados a suceder con preferencia en la clase *unde legitimi*”. Los emperadores dejaron pasar la ocasión de legislar en este asunto por diversos motivos, (quizás) de técnica jurídica y de oportunidad política, hasta que, a finales del siglo II d. C., “la iniciativa de Adriano y Marco Aurelio impulsa la promulgación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, normas que suponen el reconocimiento de la relación materno filial en la herencia intestada civil y pretoria”.<sup>660</sup>

Por entonces predominaba el matrimonio *sine manu*, y las mujeres realizaban testamento a favor de sus hijos, aun siendo éstos *alieni iuris*.

Bajo el mandato del emperador Constantino concluirá el proceso histórico al separar el *maternum patrimonium* del patrimonio procedente del *pater familias* pues, como consecuencia de la independencia patrimonial de la esposa respecto al marido en los matrimonios libres, se reconocía como la más atinada solución a la herencia femenina que los *bona materna* fueran destinados a los hijos de la fallecida. Pensando en una nueva unión matrimonial del viudo y el nacimiento de otros hijos, la conciencia romana no admitía que los bienes de la rama materna fueran absorbidos por el patrimonio del padre.

<sup>659</sup> ULPIANO, D. 38, 18, 1, 5.

<sup>660</sup> LÓPEZ GÜETO, A. (2016). *Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano: antecedentes y régimen jurídico del reconocimiento de la relación materno filial en la sucesión intestada*. Tesis de la Universidad de Sevilla. Consultado en: [dialnet.unirioja.es](http://dialnet.unirioja.es) y [idus.us.es](http://idus.us.es) (02/10/2022).

## V. Legislación argentina

En este apartado, distinguiremos algunas disposiciones normativas contenidas específicamente en el Código Civil y Comercial argentino, como así también en la Ley 25.929/04, Ley de Parto Respetado, las cuales se relacionan con la temática propuesta.

Si consideramos que al serle practicada la cesárea a la madre el hijo nació con vida, éste tendrá capacidad para heredar, conforme a lo establecido por el inc. b) del artículo 2279 del Código Civil y Comercial, norma donde se dispone que pueden suceder al causante las personas concebidas que, al momento de la muerte de éste, nazcan con vida. Esta disposición condice con el artículo 21 que, en su primer párrafo, alude al tiempo en que el concebido adquiere derechos y obligaciones, y lo expresa de la siguiente manera: “Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida”.<sup>661</sup> Además, el segundo párrafo de la misma norma señala en su parte final: “El nacimiento con vida se presume”.<sup>662</sup>

Por otra parte, el artículo 21 armoniza con una norma anterior, es decir, el artículo 19 que, en relación al comienzo de la existencia de la persona humana, indica que ésta “comienza con la concepción”.<sup>663</sup>

A su vez, en la Ley Nacional de Parto Respetado, el inc. d) del artículo 2 establece que toda mujer, en relación con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el posparto, tiene derecho “al parto natural, respetuoso de los tiempos biológico y psicológico, evitando prácticas invasivas y suministro de medicación que no estén justificados por el estado de salud de la parturienta o de la persona por nacer”.<sup>664</sup>

De lo anteriormente señalado se deduce que habrá justificación de la realización de la cesárea, cuando a causa del estado de salud de la madre o del hijo, la práctica invasiva deba ser realizada.

---

<sup>661</sup> Código Civil y Comercial, Art. 21.

<sup>662</sup> *Ibidem*.

<sup>663</sup> *Ibidem*, Art. 19.

<sup>664</sup> Ley Nacional de Parto Respetado, Art. 2°, inc. d).

## VI. Contradicción normativa

### VI. 1. Generalidades. Situación en el derecho actual

En el mundo legislativo, la contradicción de las normas es un problema real que cada vez se hace más común. Por ello es necesario conocer algunas particularidades que permitan la comprensión del fenómeno conocido como conflictos normativos.

Un término que suele utilizarse para hacer referencia a este tema es la palabra antinomia, la cual es definida como “contradicción real o aparente entre dos principios o leyes, o entre dos pasajes de una misma ley”.<sup>665</sup>

Mientras que la mayoría de los autores emplean la locución antinomia en el sentido de “contradicción”, en su particular opinión Kelsen sostiene que de ese modo la palabra no está bien empleada, ya que la antinomia considerada como contradicción de leyes solo se presentaría si la discordancia se diera en el mismo texto del enunciado normativo.

Por su parte, Carlos Santiago Nino considera que

hay una contradicción entre normas cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles.<sup>666</sup> (...) La primera condición, para que haya inconsistencia normativa, es que dos o más disposiciones se refieran al mismo caso, y que tengan idéntico ámbito de aplicabilidad, mientras que la segunda condición, consiste en que las normas imputen a ese caso soluciones lógicamente incompatibles.<sup>667</sup>

Las antinomias representan un problema de eficacia y seguridad jurídica importante, siendo en el derecho actual “el resultado de la existencia

<sup>665</sup> Real Academia Española. “Voz antinomia.” En Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Consultado en <https://dpej.rae.es> el 28/09/2022.

<sup>666</sup> NINO, C. (2003). Introducción al análisis del derecho. 2ª edición ampliada y revisada. Buenos Aires: Astrea y Depalma, pp. 272 y ss.

<sup>667</sup> NINO, *op. cit.* p. 273 ss.

del fenómeno de la sobrerregulación que se ha producido en los últimos tiempos con el objeto de prever todas las situaciones posibles”. Esto ha generado “no solo una incertidumbre en cuanto al volumen del universo normativo que rige en un determinado país, sino también problemas de incompatibilidad entre normas dentro de un sistema jurídico”.

De esta manera, la tarea de aplicar el derecho es una de las más complejas y difíciles, y por varios motivos, entre ellos, porque los ordenamientos jurídicos son obras realizadas por el hombre. Aun los más completos y extensos poseen imprecisiones e insuficiencias y, además, porque resulta prácticamente imposible prever todos los acontecimientos de relevancia jurídica que puedan acaecer en la realidad.

Como los distintos aspectos del lenguaje generaron problemas de interpretación, los juristas, a lo largo de la historia, han intentado buscar criterios de solución y lo han hecho mediante diferentes métodos cuyo análisis escapa al desarrollo de esta elaboración.

Es sabido que todo sistema jurídico debe responder al principio de coherencia, contra el cual atenta la presencia de un conflicto entre dos proposiciones incompatibles, que no pueden ser aplicadas simultáneamente. Entonces, la supresión de este obstáculo solo puede consistir en la desaparición de una de las dos normas. Pero, para el logro de tal fin, la pregunta que surge es la siguiente: ¿cuál de las dos medidas debe ser eliminada? Esta es la consecuencia más delicada de la antinomia. En efecto, una cosa es identificar una antinomia y otra muy distinta es resolverla.

En conclusión, las reglas o técnicas para solucionar tales conflictos normativos “quedan a la discrecionalidad del aplicador, pues de hecho, es quien resuelve las controversias”.

## ***VI. 2. La cuestión en el Corpus Iuris (D. 50. 16)***

Las contradicciones en la compilación justiniana y el afán de explicarlas histórica y dogmáticamente han sido calificados por el insigne romanista e historiador del derecho Guillermo Floris Margadant como “un fascinador deporte intelectual y un buen método para familiari-

zarse con el mundo del *Corpus Iuris*”,<sup>668</sup> obra con la que concluye la llamada primera vida del derecho romano y que constituye el puntapié inicial de la segunda.

Tales discordancias responden, a veces, al empleo de citas que “efectivamente, son incompatibles entre ellas por el hecho de proceder de autores, de escuelas, épocas o psicologías diferentes”<sup>669</sup> y, en otras oportunidades, se deben a la acción de modernizar una cita mediante interpolación y no hacerse lo mismo con otra referencia sobre idéntico tema.

En algunas ocasiones, tales incompatibilidades se basan en ciertos desacuerdos dentro de la Escuela Clásica, que no resultan de la pugna entre proculyanos y sabinianos, ni surgen de las discrepancias entre una actitud más rígida y dogmática y otra más popular, sino simplemente en las circunstancias de que, muchas veces, hay tantos buenos argumentos para una solución como para otra, de manera tal que en la vasta literatura clásica conviven, para cuestiones detalladas, ideas propuestas que no coinciden entre ellas.

En búsqueda de una respuesta frente a estas discordancias, el mencionado académico formula la siguiente interrogación: ¿son genuinos los documentos por los que conocemos al texto del *Corpus Iuris*?<sup>670</sup> Como las transcripciones se realizaron a mano, suele ocurrir que la contradicción entre una norma y otra es un indicio de que hubo un error en la transcripción del texto, y algunas veces, efectivamente, una aparente contradicción ha sido motivo de una mejor aproximación al hipotético texto auténtico de la compilación justiniana. Sin embargo, en gran parte de los casos la disyuntiva entre las disposiciones justinianas no puede resolverse tan sencillamente.

Además, si recordamos la acelerada labor emprendida por la comisión de juristas a cargo de Triboniano para la elaboración del Digesto, obra que fue realizada en tan solo tres años cuando en los hechos se contaba

---

<sup>668</sup> MARGADANT, G. (1966). “Las contradicciones en el *Corpus Iuris*”. En *Revista de la Facultad de Derecho de México*. T. XVI, N° 62, abril-junio, p. 21 ss. Consultada en [revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx](http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx) el 6/10/2022.

<sup>669</sup> *Ibidem*.

<sup>670</sup> MARGADANT, *op. cit.*

con un plazo de diez, se llega a la conclusión de que las masas sabiniana, edictal y papiniana no fueron cuidadosamente revisadas por el redactor central, sino más bien reunidas en la forma en que llegaron. De este modo, hay más duplicaciones y contradicciones entre las masas que en cada una de ellas. Sin embargo, dichos defectos fueron aprovechados por la ciencia romanista moderna para desentrañar datos sobre las fases del derecho romano que se esconden detrás de la fachada del *Corpus*.

Entre otros factores que causaron evidentes errores de transcripción (de vista o de oído), infiltrados en los antiguos textos, encontramos: el desgaste de los volúmenes de uso frecuente, que se disponían en forma de rollos (*volumina*), lo cual ocasionaba la necesidad de “trasplantar” el texto cada dos generaciones; también, la (usual) utilización de abreviaciones; y, finalmente, las diversas mutaciones sufridas por la letra misma. Todo ello contribuyó a tornar incomprensibles los escritos, acarreando fuertes conflictos con la lógica o contradicciones con otras citas, u otras partes de la misma cita.

## VII. Conclusión

Más allá de las causales que se esconden detrás de la controversia normativa presentada en esta elaboración, destacamos el paralelismo existente entre el derecho romano y el derecho argentino, que se aprecia mediante el simple cotejo de las disposiciones mencionadas a lo largo de la ponencia.

Mientras que en la época romana la cesárea era una práctica que solo se realizaba cuando la embarazada había dejado de existir con el fin de salvar al feto, hoy en día se torna obligatoria. Aunque la gestante haya manifestado su voluntad de parir de manera natural, cuando la vida del hijo esté en peligro, también está la de ella, siendo una más de las prácticas que se realizan para posibilitar el nacimiento, sin requerirse que la embarazada haya fallecido, todo gracias a los avances de la ciencia.

Así, tanto el derecho romano como el derecho argentino le dan prioridad a la vida de ese ser que “está saliendo al mundo”, a quien ambas reglamentaciones amparan expresamente en materia sucesoria.

# Los bienes y el alcance de los derechos en miras a su protección<sup>671</sup>

---

Por Gabriela Victoria Morel<sup>672</sup>

## I. Introducción

La modificación y unificación de nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyCN) ha significado la incorporación de diversos institutos jurídicos, recogiendo la experiencia y antecedentes de la legislación comparada y, a su vez, receptando las transformaciones culturales y los avances normativos en términos constitucionales ocurridos en nuestro país, como fue la reforma constitucional de 1994, y la consecuente incorporación de una serie de tratados

---

<sup>671</sup> El presente trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación "Una mirada romanista a los libros V y VI del Código Civil y Comercial de la Nación", dirigido por la Prof. Mirta Álvarez.

<sup>672</sup> Especialista y maestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Profesora adjunta de Derecho Romano, cátedra Prof. Mirta Alvarez, y jefa de trabajos prácticos de la materia Elementos de Derecho Administrativo, cátedra Dr. Carlos Balbín, en la Facultad de Derecho (UBA). Investigadora externa de UFLO Universidad. Contacto: gabrielamorel@derecho.uba.ar.

internacionales de derechos humanos con rango constitucional.<sup>673</sup>

En el marco del proyecto de investigación dirigido por la Prof. Mirta Álvarez, nos encontramos en la tarea de escudriñar los antecedentes romanísticos del actual articulado del Código. Tarea mediante la cual hemos comprobado que no solo encontramos una raíz romanista en aquellos institutos jurídicos que ya se encontraban receptados en el Código Civil de Vélez Sarsfield, sino también en aquellos institutos jurídicos que han sido incorporados a nuestra legislación mediante el actual articulado del CCyCN.

Desde este vértice, los derechos de incidencia colectiva y su consecuente legitimación procesal resultan una incorporación a este cuerpo normativo. Si bien el análisis de los antecedentes suele limitarse a su faz constitucional, en el presente trabajo nos proponemos analizar los antecedentes de los derechos de incidencia colectiva en el derecho romano.

## II. Los bienes jurídicos y su protección en Roma

En Roma, siguiendo la clasificación de Gayo en Institutas II. 1, las cosas se encuentran dentro del patrimonio y fuera del patrimonio, es decir, encontramos las *res in commercio* y *res extra commercium*. Esto significa que unas son susceptibles de ser objeto de relaciones jurídicas privadas, mientras que las otras se encuentran fuera del tráfico jurídico.<sup>674</sup>

Asimismo, Gayo nos indica en Institutas II. 2 y D. 1. 8. 1, pr. que todas las cosas son de derecho divino o de derecho humano (*res divini juris* y *res humani juris*), pudiendo las cosas de derecho humano ser públicas o privadas (Institutas II. 2, 10). En relación a las cosas públicas,

---

<sup>673</sup> En los argumentos expuestos en el mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación 884/2012 se ha recalcado la constitucionalización del derecho privado y la finalidad de establecer una comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el derecho privado.

<sup>674</sup> PEÑA GUZMÁN, L. y ARGÜELLO, L. (1962). *Derecho Romano*. Buenos Aires: Tea, p. 21.

se entienden que son aquellas que “no son de nadie, pues se consideran propias de la comunidad (*universitas*)”.<sup>675</sup>

Por su parte, las cosas de derecho humano públicas presentan una triple clasificación. Por un lado se encuentran las *res communes*,<sup>676</sup> es decir, aquellas cosas que por naturaleza o derecho natural *ius naturale* son comunes a todas las personas: aire, agua corriente; como así también el mar, las costas (*littora maris*), entre otros.<sup>677</sup>

En segundo lugar, las *res publicae* son las cosas del *populus romanus*, es decir, que pertenecen al pueblo romano como comunidad organizada.<sup>678</sup>

A su vez, dentro de esta categoría se encuentran las cosas *publico usu*, conforme indica Pomponio citando a Celso, entre las cuales a modo de ejemplo podemos mencionar las calles, plazas, termas, foros, teatros, los baños públicos, puentes, los acueductos, entre otros.<sup>679</sup> Es decir, aquellos bienes cuyo uso y disfrute se encuentra a disposición de todos los miembros de la comunidad.

Por el contrario, encontramos las *res publicae* que pertenecen al patrimonio del fisco (*in patrimonio fisci*), siguiendo en esta terminología a Papiniano en D. 18. 1. 72. 1 o patrimonio del *populus* (in pecunia populi), así expresado por Pomponio con cita de Celso en D. 18. 1. 6 pr. La característica común de este tipo de cosas es que carecen de uso público, es decir, son “cosas que entraban en el patrimonio privado del pueblo romano (...) susceptibles de tráfico comercial”.<sup>680</sup> A modo de ejemplo es posible mencionar el dinero que formaba parte del tesoro público, el producido de los impuestos, los esclavos públicos, terrenos públicos, etc. Una de las características de esta clasificación de cosas es que podían entrar en el tráfico jurídico y ser adquiridas por los particulares por venta del *populus*.

<sup>675</sup> Institutas II. 2. 11 y Digesto 1, 8, 1.

<sup>676</sup> Inst. 2. 1. 1; D. 43. 1. 1 pr.; D. 1. 8. 2.

<sup>677</sup> Inst. 2. 1. 3. Se consideraba que las costas del mar llegaban hasta donde se extendían las aguas en las mareas más altas.

<sup>678</sup> D. 50. 16. 15; D. 1. 8. 1 pr.; Inst. 2. 16; Gayo, 2. 11.

<sup>679</sup> D. 18. 1. 6 pr.

<sup>680</sup> PEÑA GUZMÁN y ARGÜELLO, *op. cit.*, pp. 26.

Por último, nos encontramos con las *res universitatis*, que son las cosas propias de los habitantes de un *municipium*, como ser el campo municipal, teatros o estadios. Cosas que se consideran de toda la comunidad de los *municipes* o *cives* y que también se encuentran destinadas para el uso de todos.<sup>681</sup>

Centrando nuestra atención en aquellos bienes de uso público o común, en particular en las *res communes* y las *res publicae* de uso público, vemos que en ambos casos su uso se encontraba protegido.

En Digesto 43. 1. 1, Ulpiano nos dice que “por las cosas humanas se dan interdictos (...) las que son de alguien son o públicas, o de particulares; entre las públicas, por los lugares públicos”. Siguiendo este análisis de las defensas que podían oponerse a fin de proteger este tipo de bienes, más adelante, en Digesto 43. 7. 1, Pomponio refiere a quien puede defender las cosas públicas: “A cualquiera se le ha de permitir que pida respecto a lo público lo que pertenece al uso de todos, como vías públicas, y caminos públicos; y por esto se da interdicto respecto a estas cosas a petición de cualquiera”.

A su vez, frente a la edificación en un lugar público, Paulo junto con Ulpiano se refieren al interdicto prohibitorio, el cual, de acuerdo a Digesto 43. 8. 2. 2, “atiende tanto a las conveniencias públicas, como las de los particulares”. En el mismo pasaje se indica cómo los lugares públicos “sirven ciertamente para los usos de los particulares (...) por derecho de la ciudad, no como propios de cada uno; y tenemos tanto derecho para conseguirlo, cómo tiene cada uno del pueblo para impedirlo”. En línea con lo anterior en D. 43. 8. 2. 5, Ulpiano reafirma que “el interdicto se refiere a los lugares que están destinados al uso público”. Es decir, quedan excluidas aquellas *res publicae* que pertenecen al patrimonio del fisco y se encuentran excluidas del uso común.

Continuando, vemos que también Ulpiano nos habla de una acción que podía interponer cualquiera que se encuentre impedido de usar los bienes públicos, esto es la acción de injurias o *actio iniuriarum* contra

---

<sup>681</sup> DI PIETRO, A. (1999). Derecho Privado Romano. Buenos Aires: Depalma, p. 106-107; PETIT, op. cit., p. 180; Inst. 2. 1. 6; D. 1. 8. 6. 1.

aquel que impidiera u obstaculice tales usos públicos. En D. 43. 8. 2. 9, Ulpiano explica que la *actio iniuriarum* puede oponerla quien resulta impedido de pescar o navegar, jugar en un campo público o lavarse en un baño público o ser espectador en un teatro. En este caso, de acuerdo a D. 43. 8. 2. 11, nos encontramos con un daño sufrido por quien “pierde el provecho que obtenía de un lugar público, cualquiera que aquel sea”.

En línea con lo anterior, en D. 43. 11. 1. 3, Ulpiano refiere al interdicto que busca proteger un aspecto general y colectivo del uso público de un bien, como es la circulación por los caminos o los ríos públicos. Este interdicto “se dará perpetuamente, y a todos y contra todos”.

Asimismo, encontramos otro tipo de defensa del bien común, que es la llamada acción popular. Según Paulo en D. 47. 23. 1, ésta “ampara el derecho propio del pueblo”, y podía ser ejercida por cualquier individuo, evaluando el pretor la idoneidad del actor en caso de que se ejercitaran muchas al mismo tiempo (D. 47. 23. 2).

Hasta aquí vemos cómo de acuerdo a la clasificación de los bienes si el uso o provecho resultaba de carácter colectivo, éste podía ser defendido. En estos recursos procesales, es el damnificado quien reclamaba por la afectación en el uso. Sin embargo, frente a la naturaleza de este tipo de bienes, en atención a su carácter de uso público, colectivo y consecuente imposibilidad de división, su imposibilidad de uso exclusivo y excluyente, cuando se instaba su conservación y disposición esa actuación ya no beneficiaba únicamente al accionante afectado, sino a toda la comunidad que también se aprovechaba del uso de esos bienes.

### III. Bienes colectivos y su protección

Expuesto lo anterior, corresponde continuar el análisis centrándonos en nuestra legislación actual. El CCyCN, bajo el Título III, en las secciones primera y segunda, clasifica los bienes y las cosas replicando en parte la clasificación contenida en el Código Civil de Vélez Sarsfield, cuya fuente romanista es indudable.

Sin embargo, en la sección tercera, titulada “Bienes con relación a los

derechos de incidencia colectiva”, compuesta por los artículos 240 y 241, nuestro Código actual introduce una novedad. En este sentido, el artículo 240 del CCyCN expresa que

el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.<sup>682</sup>

Conforme surge de la transcripción efectuada, el artículo referido regula la cuestión atinente a los límites en el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes indicando el aspecto colectivo de su ejercicio; en tanto debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Es posible observar la función social que establece aquí el CCyCN respecto del ejercicio de los derechos individuales.<sup>683</sup> En este sentido, el artículo enuncia a título de ejemplo una serie de bienes colectivos, los cuales pueden ser ampliados.

Esta limitación en el ejercicio de los derechos individuales resulta concordante con lo indicado por el artículo 14 del CCyCN, inserto en el capítulo 3 del título preliminar, referido al ejercicio de los derechos. Este artículo reconoce a los derechos individuales y a los derechos de incidencia colectiva, dedicándole un párrafo final a la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos individuales que puedan afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.<sup>684</sup> Ejercicio abusivo de los derechos cuya caracterización y restricción resultan

---

<sup>682</sup> “Los bienes colectivos se caracterizan por presentar una estructura no distributiva –y por lo tanto, no exclusiva ni excluyente de su uso y la no rivalidad del consumo– son de imposible división en partes para otorgarlos a los individuos, y la creación o conservación de los mismos está ordenada normativamente *prima facie* o definitivamente” (LORENZETTI, *op. cit.*, p. 797).

<sup>683</sup> FLAHERTY, L. y AGUILAR, R. (2014). “Arts. 242 a 256”. En LORENZETTI, R. (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. 1ª edición. Santa Fe: Rubizal-Culzoni, p. 787.

<sup>684</sup> Artículo 14 del CCyC: “Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

ampliados por lo dispuesto en el artículo 10 del CCyCN.<sup>685</sup>

El reconocimiento de esta categoría de derechos en nuestro Código Civil y Comercial encuentra su andamiaje constitucional en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional, donde además de la categoría clásica de derechos individuales son mencionados los derechos colectivos.<sup>686</sup> Ello configura un ejemplo de la constitucionalización del derecho privado expresado en los fundamentos de la reforma y en las fuentes e interpretación que exige el CCyCN en los artículos 1 y 2. Asimismo, como ha afirmado la doctrina, tal incorporación al articulado del Código “construye una comunidad de principios de la Constitución, del Derecho Público y del Derecho Privado”.<sup>687</sup>

Hasta el momento, no contamos en la Argentina con una ley que regule la legitimación y el cauce procesal que puede recibir la protección de los derechos de incidencia colectiva. Sin embargo, jurisprudencialmente se ha avanzado mucho en su caracterización y en la determinación de las condiciones que deben estar presentes para que esta categoría subjetiva de legitimación resulte procedente.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación frente al

---

<sup>685</sup> Artículo 10 del CCyC: “Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

<sup>686</sup> Artículo 43 de la Constitución Nacional: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

silencio del legislador se ha pronunciado en distintos precedentes, y en particular en el *leading case* “Halabi”,<sup>688</sup> ha sostenido que existen dos tipos de derechos de incidencia colectiva. Por un lado, aquellos que tienen por objeto bienes colectivos, y por otro, aquellos derechos de incidencia colectiva sobre bienes individuales homogéneos. Estos últimos son los que habilitan la llamada acción de clase (CSJN, “Halabi”, consid. 11).

De acuerdo a lo establecido por el máximo tribunal, el derecho de incidencia colectiva que tiene por objeto bienes colectivos refiere a un objeto indivisible, el cual pertenece a toda la comunidad sin exclusiones, existiendo a la vez pluralidad de sujetos. Así, estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

La pretensión en estos casos, explica la Corte, debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho, no obstante que la lesión a este tipo de bienes repercuta sobre el patrimonio individual.

La decisión judicial en el marco de esta acción aplica al objeto de la pretensión. Sin embargo, no hay un beneficio directo para el pretensor actor.

A diferencia de la categoría anterior, los derechos de incidencia colectiva sobre bienes individuales homogéneos refieren a derechos individuales enteramente divisibles. De todas maneras, en el marco de la acción judicial se destaca por la existencia de un hecho único o continuado, que provoca la lesión y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea promotora del daño.

Así, la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño, cuya acción es individual. Sumado a que el interés individual no logra justificar, en el caso y por sí solo, el inicio de acciones judiciales, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia.

En relación a los efectos de las sentencias, cuando se trata de derechos de incidencia colectiva el efecto resulta *erga omnes* o general. Ello es una

---

<sup>688</sup> Fallos: 332:111, “Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/ amparo”, sentencia del 24 de febrero de 2009.

consecuencia de las sentencias inherentes a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger.

En fallos posteriores, la Corte ha reiterado la doctrina sentada en el fallo “Halabi”. A su vez, acordada mediante, ha creado el Registro Público de Procesos Colectivos, de carácter público, gratuito y de acceso libre en el ámbito del propio tribunal.

Allí, de acuerdo a las reglas sentadas, en el registro se inscribirán ordenadamente todos los procesos colectivos y todas las causas radicadas en el Poder Judicial de la Nación, cualquiera fuera la vía procesal por la que tramiten y el fuero ante el cual se radiquen. La obligación de proporcionar la información de qué se trata corresponde al tribunal de radicación de la causa, es decir, es obligación del juez, quien a su vez deberá ordenar la inscripción en el registro de todas las resoluciones que por la índole de sus efectos lo justifiquen.

Asimismo, es el juez quien, luego de promovida la demanda y antes del traslado, requerirá al Registro Público de Procesos Colectivos que informe respecto de la existencia de un proceso colectivo en trámite ya inscripto que guarde sustancial semejanza en la afectación de derechos de incidencia colectiva.

En miras de lo anterior, una vez registrado el proceso judicial no podrá registrarse otro que presente una sustancial semejanza en la afectación de derechos. Es así como la Corte mediante acordada ha intentado subsanar la omisión incurrida en materia legislativa.<sup>689</sup>

A pesar del fallo mencionado y posteriores, como también las acordadas que ha dictado nuestro tribunal cimero, aún no contamos con una legislación que delinee las características de esta legitimación procesal concerniente a los derechos de incidencia colectiva. Esta circunstancia afecta la seguridad jurídica de las y los accionantes, quienes ante cada proceso judicial dependen del tribunal interviniente, que frente a la ausencia de normas suman o restan requisitorias en el marco del proceso judicial de carácter colectivo.

---

<sup>689</sup> Ver Acordadas 32/2014 y 12/2016, esta última correspondiente al Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos.

## IV. Conclusión

Expresado lo anterior, realizando un paralelismo con las *res comunes* y *res publica de uso público* en Roma podemos ver que allí también estos bienes, por sus características, resultaban indivisibles, imposibles de apropiación individual. Con los recursos procesales que contaban los romanos, la defensa del uso público de estos bienes se encaminaba a proteger o reparar la lesión común sobre los bienes de uso público, en particular en relación a los interdictos procesales referenciados en D. 43, 11, 1, 3.

Frente a la situación actual relatada, tanto la doctrina como la jurisprudencia han intentado rastrear los antecedentes de este tipo de legitimación colectiva en el derecho comparado, a fin de encontrar una solución para la ausencia de legislación que reglamente este tipo de procesos. En particular se ha hecho referencia a las “*class action*” o las “*aggregate litigation*” utilizadas en Estados Unidos.

Sin embargo, creemos que en función del recorrido realizado es posible hallar en el derecho romano su antecedente y una voz más que pueda servir para delinear las características de esta clase de derechos y su consecuente legitimación procesal.

# 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

---

Por Arturo Magno Quispe Quiroz<sup>690</sup>

## Resumen

El presente artículo explica el contexto en el que aparecieron los *tabellionis* en la sociedad romana y revaloriza sus funciones a partir de las cualidades de los documentos que faccionaban, que pueden ser ca-

---

<sup>690</sup> Abogado y maestrando en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de docencia de la asignatura de Derecho Registral y Notarial en la misma casa de estudios.

talogados como de naturaleza híbrida entre los instrumentos públicos y los privados. Asimismo, partiendo de distintas citas del *Corpus Iuris Civilis*, se expone cuáles son las presunciones *iuris tantum* de las que estaban premunidos y cómo éstos tenían un rol relevante dentro del sistema judicial romano cuando eran actuados en calidad de pruebas, facilitando la resolución de manera más justa de las controversias de naturaleza privada.

**Palabras clave:** *tabellionis*; *fides publica*; documentos en Roma; sistema judicial romano

## I. A manera de introducción: del tránsito de la oralidad a la escritura en la sociedad romana

Una de las notas distintivas del ser humano respecto a otras especies de la naturaleza es su capacidad para transmitir ideas con precisión, expresando complejos pensamientos y sentimientos. Así, en el marco de una conversación, el emisor y el receptor pueden fácilmente sustituir sus roles, aportando recíprocamente al tema discutido. Pretender sustraer a la comunicación humana del proceso evolutivo resultaría una tarea imposible de realizar, puesto que ello hubiera condenado, desde un inicio, a la extinción de los hombres.

Si bien la oralidad es la predominante debido a que biológicamente estamos programados para poder aprender y exteriorizar un lenguaje con complejas reglas gramaticales, en determinado momento esta misma fue complementada por la comunicación escrita, la cual surgió como una útil herramienta para perpetuar el conocimiento sobre algún tema relevante.

Resulta de tanta importancia la escritura para el devenir del ser humano que su aparición y uso generalizado marcó un hito para el tránsito de la prehistoria hacia la historia. Naturalmente, hoy se le

atribuye el carácter de histórico a todo aquello que se puede consultar directamente desde la fuente primaria, característica que la distingue, por ejemplo, de las tradiciones orales, las cuales tienen menos rigor para dar cuenta con exactitud de lo que se quiso dejar constancia.

En la historia universal y, específicamente, en la Edad Antigua, la cultura predominante en el mundo occidental fue la romana. Ello no obedeció únicamente a su habilidad organizativa para conquistar a los pueblos vecinos e incrementar permanentemente la base territorial sobre la cual ejercieron poder político, económico, jurídico y social, sino especialmente por la extensión temporal que abarcaron (entre el 753 a. C. hasta el 476 d. C. en la parte occidental), desarrollándose principalmente en cuatro etapas: Monarquía, República, Principado y, finalmente, el Imperio.

Debido a la cantidad de siglos que los romanos gobernaron la región donde se asentaron, resulta indispensable circunscribir el análisis de cualquier figura o institución a un período cronológico acotado, siendo dicha tarea más adecuada si es que se enmarca en una época como la del Imperio, que es aquella respecto de la cual se cuenta con la mayorin formación escrita disponible, en gran parte gracias al *Corpus Iuris Civilis*,<sup>691</sup> obra cumbre de la codificación justiniana.

En el período del Imperio romano ocurrió un cambio notable acerca de la manera a través de la cual los ciudadanos ejercían sus derechos y se relacionaban comercialmente entre sí. Si bien es cierto que la comunicación oral siempre se mantuvo como la forma privilegiada respecto a cómo en el derecho romano justiniano las relaciones interpersonales con implicancias económico-jurídicas se llevaban a cabo, se produjo un tránsito desde la absoluta oralidad hacia aquella

---

<sup>691</sup> Para efectos bibliográficos, en el presente artículo las referencias realizadas respecto de los libros del *Corpus Iuris Civilis* se encuentran relacionadas a la versión publicada bajo el nombre de *Cuerpo del derecho civil romano a doble texto traducido al castellano del latino* (1889), publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones y con notas de referenciales por D. Ildefonso L. García del Corral.

complementada con documentos complejos, en los cuales podían intervenir testigos, o inclusive ser clasificados bajo la categoría de públicos o privados, dependiendo de quién fuera el autor.

En ese contexto surgió un personaje denominado *tabellio*,<sup>692</sup> que tenía una función principalmente documental respecto a los actos y contratos que ante ellos los ciudadanos querían formalizar. Sobre el particular, resulta necesario plantear algunas interrogantes. Primero, si es que podían ser considerados como auténticos funcionarios públicos. Luego, si su condición tuvo alguna relación con la naturaleza jurídica de los documentos que redactaban. Y finalmente, qué atributos tenían estos últimos en el marco de los procesos judiciales.

En el prefacio de la Constitución 45 de las Novelas de Justiniano se narra un conflicto ventilado en sede judicial en el cual una mujer alegaba desconocer su participación como parte interviniente en un contrato contenido en un documento elaborado por un *tabellio*. En el desarrollo del proceso, el juez mandó a llamarlo para que él declare al respecto, puesto que le pertenecía la letra allí estampada. Este profesional reconoció que él había concluido la elaboración del instrumento, pero que no fue quien inició su redacción, sino que lo hizo un colega suyo que ejercía la misma función.

En ese orden de ideas, el legislador advirtió que lo sucedido representaba un problema para la seguridad del derecho en la sociedad romana y, en respuesta, impuso determinadas formalidades y restricciones para que los *tabellionis* actúen de manera más regulada y en consonancia con los intereses públicos del Imperio romano.

Entonces, de lo narrado surgió un escenario antinómico. Por un lado, el juez había mandado a llamar al *tabellio* para que declare sobre el contenido del contrato, sugiriendo que su obra documental

---

<sup>692</sup> Es preciso indicar que el término en latín para referirse a esta persona en singular es *tabellio* y en plural, *tabellionis*. En la versión traducida al español del *Corpus Iuris Civilis* se les atribuye el nombre de notarios. Sin embargo, discrepamos con dicha denominación puesto que estos últimos surgieron como tales en un momento histórico posterior, teniendo un incipiente desarrollo en la Edad Media.

tendría el carácter de documento privado pues éste iba a ser objeto de cuestionamientos tanto de fondo como de forma dentro del proceso judicial. Pero, por otro, la imprudencia del *tabellio* al redactar alertó al legislador del problema que suponía la absoluta libertad para ejercer sus labores, lo cual demuestra que los instrumentos que ellos confeccionaban no tenían una importancia residual, sino por el contrario, eran de interés público del Imperio, por lo que parecería atribuírsele una relevancia semejante a los documentos públicos.

Esta fuente normativa invita al cuestionamiento acerca de si los documentos redactados por los *tabellionis* podían o no ser considerados auténticos instrumentos públicos que hicieran verdadera *fides publica*, entendiendo a ésta como presunción de veracidad del contenido del documento, cuando eran presentados en los procesos judiciales en los cuales eran analizados y valorados.

Nuestra tesis propone que, en el derecho romano justiniano, los *tabellionis* no eran funcionarios públicos entendidos como miembros del aparato gubernamental, sino profesionales privados que, por concesión del Imperio y bajo una regulación específica, ejercían una función de importancia pública vinculada a reproducir la voluntad de los contratantes o de quienes ante ellos comparecieran cuando no se configuraban contratos, principalmente para dejar constancia escrita de alguna circunstancia de especial relevancia.

Así, proponemos que los instrumentos elaborados por los *tabellionis* tenían una naturaleza jurídica híbrida entre lo público y lo privado, puesto que aun cuando no estuvieran premunidos de *fides publica* —haciendo que el contenido de los mismos pudiera ser precisado o rebatido en el marco de un proceso judicial—, por mandato impuesto legalmente a la función del *tabellio* gozaban de una presunción de exactitud *iuris tantum* o salvo prueba en contrario respecto de ciertos elementos del mismo, tales como la identidad del *tabellio* que redactaba el documento, la fecha exacta y el lugar en donde se hizo la redacción.

## II. De la función de los *tabellionis* en el derecho romano justiniano

Los *tabellionis* han sido una figura injustamente poco estudiada en el derecho romano justiniano. La razón por la cual no han logrado captar la suficiente atención se debe, en gran parte, a que se busca analizar su existencia y juzgar su actuación desde la óptica del presente, tendiendo a denominarlos pre-notarios o, inclusive, asemejarlos a los notarios o escribanos actuales con atribuciones y funciones reducidas.

Un análisis sin el método adecuado puede propiciar injusticias puesto que existe la posibilidad de que éste se vea influenciado por sesgos de quien realiza la operación, terminando por opacar involuntariamente a una figura a costa de resaltar las virtudes de otra. En materia de instituciones jurídicas, este peligro se agrava cuando se pierde de vista el contexto social, y, sobre todo, el temporal que rodea a los elementos confrontados.

Si bien algunos autores aseveran que existió legislación romana sobre la función “notarial” que desarrollaba el *tabellio*, y que éste “es el antecedente romano más certero del notario actual”,<sup>693</sup> ello no debe llevar a concluir a afirmar anticipadamente que los romanos tenían, en sentido estricto, notarios.

Los notarios recién aparecieron propiamente como tales en la Edad Media, por influencia de las corrientes intelectuales provenientes de la Escuela de Bolonia. Así, se menciona que esta antigua casa de estudios “tiene trascendental importancia, debido a que en ella encontramos concentrada la mejor sustancia del notario y la función notarial, en su conformación inspiradora de la notaría de tipo latino”.<sup>694</sup>

De esa manera, *tabellio* no es un exacto sinónimo de notario o escribano romano, sino que se trata de un personaje que reúne algunas

---

<sup>693</sup> SÁNCHEZ, M. (2003). “La función notarial en Roma.” En Anuario de derecho civil, 8, pp. 159-170. Disponible en: <https://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/ADC/article/view/974/1045>.

<sup>694</sup> BECERRA, C. E. (2015). “Configuración histórica del Notariado Latino.” En *El honor de dar fe*. Lima: Editorial Jurídica del Perú, pp. 31-75.

características de los notarios actuales de tipo latino. Se distingue, por ejemplo, en que los primeros no conservaban en un protocolo los documentos que redactaban ni tampoco podían competencia para evaluar, de manera alternativa a la vía judicial, la tramitación de asuntos no contenciosos. Si lo hacen, lo hacen los modernos.

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 se comenzó “a generalizarse la práctica de que extiendan los documentos ciertos profesionales o escribanos (*tabellionis*)”.<sup>695</sup>

Considerando que la memoria de los contratantes, como la de todo ser humano, tiene un alcance limitado y que las palabras usadas en el marco de una operación contractual son pasibles de interpretación y, sobre todo, de olvido, la comunicación oral fue dando pase a la aparición una alternativa no sustitutiva.

Acerca de si es que en el derecho romano justiniano la comparecencia ante un *tabellio* era una formalidad obligatoria para conformar válidamente algún contrato o indispensable para determinar la certeza de un hecho, la respuesta parecería ser absolutamente negativa, puesto que en esta etapa de la historia no se logró romper la hegemonía de la oralidad.

Sin embargo, existe un supuesto que relativiza la aseveración anterior. De acuerdo con el Código de Justiniano, C. 4. 21. 17, se refería que era posible, en virtud al ejercicio de la autonomía privada, que las partes pudieran pactar una formalidad mayor a la oral reconocida por ley:

(...) mandamos, que los contratos de ventas, o permutas, o donaciones, que no es necesario sean insinuadas, y también de entrega de otra cualquier causa, pero aquellos que plugo se hicieron por escrito, y también los de transacciones que

---

<sup>695</sup> ALEMÁN, A. (1998). “Donatio et instrumentum.” En *Revue Internationale Des Droits De L'antiquité*, 45. pp. 209-228. Disponible en: <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/1998/RIDAXLV.pdf>.

convino fueran consignadas en instrumento, no tengan validez de otra suerte, sino si los instrumentos hayan sido puestos en limpio, y confirmados con las firmas de las partes, y, si se escribieran por *tabellio*, hasta que también hayan sido completados por el mismo (el subrayado es nuestro).

Así, en ese caso en concreto, la eficacia del contrato se reserva “hasta el momento en que el documento es redactado en limpio y se confirme con la *subscriptio* de las partes y, si ha intervenido *tabellio*, con la *completio* de éste”.<sup>696</sup>

Como refiere el profesor español Fernández de Buján, el tardío surgimiento del *tabellio* “se habría debido al carácter oral de la primitiva negociación en Roma, en donde el testamento primitivo, la *stipulatio* y la *mancipatio*, que constituyen las principales fórmulas de negocio, tienen un carácter verbal”.<sup>697</sup>

En ese contexto, no debe entenderse que recién con la aparición de los *tabellionis* se hubiera empezado a utilizar los medios escritos para expresar ideas de trascendencia jurídica. Estos instrumentos preexistían a su surgimiento, e incluso podían ostentar de algunas formalidades tales como la colocación de sellos o la suscripción de testigos en los mismos.

Junto con la satisfacción de la necesidad social derivada del tráfico patrimonial, el surgimiento de los *tabellionis* también coadyuvó a generar seguridad del 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.

Para determinar la naturaleza jurídica del *tabellio*, así como las funcio-

<sup>696</sup> NARIAS BONET, J. y ARIAS RAMOS, J. (1986). *Derecho Romano*. Tomo I. 18ª edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

<sup>697</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2001). “Fides publica e instrumenta publice confecta en Derecho Romano”. En *Revista de Estudios Latinos (RELat)*, 1, pp. 189-200. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/246570.pdf>.

nes que ejercía, resulta imperativo remitirse a las Novelas de Justiniano. Así, N. 45. pr, narrando los hechos que suscitaron una controversia judicial respecto a la intervención de una mujer en un documento faccionado por un *tabellio*, comenta que “se presentaba un documento, que ciertamente no tenía letra suya (porque no sabía escribir), pero que había sido hecho por un tabellio y por un escribiente, teniendo la firma de ella, y mostrando la presencia de testigos”.

La anterior cita brinda una primera pero certera aproximación a las funciones de los *tabellionis*. Éstos 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 N. 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”.

En este párrafo se reafirma la intensa relación existente entre el *tabellio* y la facción de documentos. En concreto, se hace alusión al término formalizar, y ello tiene sentido en tanto se entienda que, pese a la prevalencia en el derecho romano justiniano de la formalidad oral frente a la escrita, esta última, a interés de parte, cumplía un rol de reforzamiento la forma preestablecida gracias a la intervención del *tabellio*.

Este rol de formalización puede entenderse como una incipiente manera de concretar la “forma de la forma” de los contratos. Así, si bien la ley establecía las formalidades preminentemente orales para que los mismos pudiesen configurarse, los *tabellionis* encauzaban esa forma dentro de otra, la cual era el resultado de lo que ellos producían de su puño y letra.

De igual manera, la función de redactar el documento implicaba una tarea que debía llevarse íntegramente, es decir, en un solo acto de inicio a fin para que el producto tenga validez. Entonces, el mismo *tabellio* que iniciaba la facción de un instrumento tenía el deber de concluir la redacción y dejar allí constancia de esta circunstancia, pues de lo contrario corría el riesgo de ser invalidado en el fuero judicial.

En esa misma línea, en N. 45. 1. 4 se sanciona que “a él se le encomienden los documentos por los que van a la plaza del mismo, y para estar presente al ser terminados ellos, y sin que absolutamente otro alguno haya en aquella plaza tenga licencia para que se le encomiende el comienzo, o para que esté presente cuando se acaban”.

La anterior cita persiste, en cuanto a la función documentaria del *tabellio*, que 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, circumscripita dentro de un espacio territorial y, segundo, encontrándose en ejercicio de sus tareas, requería que las personas acudan ante él para formalizar los contratos o actos solicitados, no pudiendo realizar diligencias *motu proprio*.

Se afirma en doctrina que el *tabellio* “recogió la escritura, redacta y autoriza el documento de temática jurídica, en materia negocial, procesal, administrativa o financiera, en la comunidad política romana”,<sup>698</sup> lo cual debe ser complementado con la indicación de que este profesional no era un miembro del aparato gubernamental romano pese a tener su autorización para ejercer sus labores.

Si bien su actuación tenía una creciente utilidad para la sociedad romana, el contenido de lo escrito por el *tabellio* no era incontrovertible ni surtía efectos de oponibilidad frente a terceros quienes no hubieran comparecido en éste, siendo que estos documentos podían ceder,

---

<sup>698</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2005). “Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana.” En *Revista Jurídica*, 12, pp. 117-142. Disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/download/6162/6618/12529>.

dependiendo de lo dispuesto en el marco de un proceso judicial o si encontraran contradicción respecto a un instrumento público.

En el derecho romano justiniano, el carácter público de los documentos era solamente para aquellos cuyo autor era un funcionario público, es decir, perteneciente a la burocracia romana que, en el marco de sus competencias y dentro del ejercicio de sus funciones previstas legalmente, los redactaban.

Como exponen las anteriores citas de las Novelas de Justiniano, se utilizan los verbos hacer, formalizar y encomendar para referirse a los documentos que las partes pedían elaborar al *tabellio*. Aunque pudieran parecer sinónimos, de ello puede extraerse una serie de actos que los *tabellionis* seguían para poder cumplir esta función principal de redactar instrumentos.

En primer lugar, estaba la *rogatio*, que suponía un acercamiento 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 comprenda los alcances del encargo que oralmente se le proponía.

Seguido a ello, una fase de redacción que consistía en que el *tabellio* plasmaba 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.

Teniendo en cuenta que la controversia narrada en N. 45. pr sobre la intervención de una mujer en un contrato redactado por un *tabellio*, se sugiere que la demandante en ese entonces no sabía escribir ni leer. Cabe manifestar que los *tabellionis* no solamente tenían el rol de transcribir lo dictado por los contratantes sino, genéricamente, los orientaban e instruían acerca de los efectos jurídicos de los documentos que estaba redactando. Los comparecientes confiaban en los *tabellio-*

*nis*, los cuales, dada su solvencia moral y condiciones intelectuales, se encontraban perfectamente capacitados para poder reflejar de manera más fiel y exacta su voluntad, aun cuando no pudieran corroborar esta situación de forma directa.

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 para 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.

Muestra de ello consta en N. 76. 7. 1, donde se indica: “Mas tratándose de los documentos que se hacen públicamente, si se presentare el *tabellio*, prestará también testimonio con juramento”. Acerca de este último aspecto, resulta necesario determinar con precisión qué efectos jurídicos producían los instrumentos faccionados por los *tabellionis* en el marco de los procesos judiciales.

### **III. De la eficacia probatoria de los documentos elaborados por los *tabellionis* en el marco de los procesos judiciales**

En el derecho romano justinianeo, los conflictos intersubjetivos eran prioritariamente resueltos por los jueces (*iudex*) y, específicamente,

dentro de los procesos civiles que se llevaban a cabo, primaba la oralidad. Al respecto, se dice que “eran tan frágiles los medios gráficos y mecánicos para conservar la escritura en aquellos tiempos, que necesariamente el testimonio debía merecerles más fe”.<sup>699</sup> Así, al tener el deber de impartir justicia, estas autoridades tenían la obligación de oír a ambas partes antes de emitir una sentencia fundada en derecho (*iudicatum*), la cual resultara respetuosa de las leyes del Imperio.

En materia probatoria, los típicos medios de prueba admitidos eran la *confessio*, el *testimonium*, los documentos y la inspección judicial.<sup>700</sup> De los mencionados, los únicos que eran escritos eran los documentos o *instrumenta*, los cuales, a su vez, pueden 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 pre-munidos de *fides publica* que les otorgaba un *status* especial, siendo su contenido exigible incluso a quienes no hubieran suscrito el documento, por tener carácter oficial, además de ser incontrovertible tanto en el fondo como en la forma. En otras palabras, era la materialización del derecho mismo representada a través de un objeto escrito. Es menester indicar que la formalidad de los documentos públicos, por la importancia de los mismos, se encontraba regulada en la ley.

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. No se establecían mayores formalidades para este tipo de instrumentos y la práctica comercial había

---

<sup>699</sup> CUENCA, H. (1957). *Proceso Civil Romano*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

<sup>700</sup> GUZMÁN BRITO, A. (1997). *Derecho privado romano*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

incluso propiciado que testigos firmaran en señal de conformidad con lo que se estaba acordando.

En ese orden de ideas, existió un tercer tipo de documentos, a los cuales podría considerárseles híbridos, los cuales mezclaban características de los documentos públicos y los privados. Ese es el caso de los documentos redactados por los *tabellionis*. 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”<sup>701</sup> o que tenía “carácter intermedio entre el privado y el público”.<sup>702</sup>

Se trata de un documento cuyas formalidades esenciales se encontraban plasmadas en la ley, es decir, a lo largo del *Corpus Iuris Civilis* con predominancia en las Novelas de Justiniano. Su autor, aunque no siendo funcionario público, desarrollaba una función en beneficio de la sociedad romana y ello hacía que se encontrara bajo la fiscalización del Imperio. El instrumento no estaba premunido de *fides publica* y era pasible de ser invalidado en el marco de un proceso judicial. En ese caso, se erigió como un medio de prueba más.

Respecto a los contratos consensuales que llegaban a judicializarse, debe recordarse que “no es necesario la redacción de escrito alguno. Si las partes desean hacerlo, ése sirve solamente como medio de prueba”.<sup>703</sup> Por ello, los documentos elaborados por los *tabellionis* daban cuenta de que se había manifestado la voluntad de producir efectos jurídicos, pero el juez tenía el deber de evaluar otros medios probatorios para lograr convencerse de su decisión.

Antes de describir las características que poseían los documentos de los *tabellionis*, debe reiterarse su requisito de validez; esto es, que su

---

<sup>701</sup> ORTUÑO, E. (2010). “La publicidad en la donación: una reflexión sobre la regulación constantiniana”. En *Revista Internacional de Derecho Romano*, 5, pp. 1-55. Disponible en: [http://www.ridrom.uclm.es/documentos5/Ortuno\\_imp.pdf](http://www.ridrom.uclm.es/documentos5/Ortuno_imp.pdf)

<sup>702</sup> BERNARD, L. (2012). “Sobre la publicidad en el derecho romano postclásico. El supuesto de la *insinuatio donationis*”. En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad da Coruña*, 16, pp. 661-681. Disponible en: [http://www.ridrom.uclm.es/documentos5/Ortuno\\_imp.pdf](http://www.ridrom.uclm.es/documentos5/Ortuno_imp.pdf).

<sup>703</sup> TRINCAVELLI, N. (1970). *La compraventa en Roma. Comparación con el Código Civil Argentino*. Buenos Aires: Lerner Ediciones.

redacción se hubiera realizado en un acto unitario, de inicio a fin por el tabellio, siendo que éste dejaba indicación de esa circunstancia luego que los contratantes firmaran en señal de conformidad. De esa manera, C. 4. 21. 17 estipulaba que “no tengan validez de otra suerte, sino si los instrumentos hayan sido puestos en limpio, y confirmados con las firmas de las partes, y, si se escribieran por tabellio, hasta que también hayan sido completados por el mismo” (el subrayado es nuestro).

En el marco de un proceso judicial, los documentos elaborados por los *tabellionis* eran admitidos como medios probatorios válidos, siempre que de antemano cumplieran con dicha formalidad.

En cuanto a su fuerza probatoria, los documentos elaborados por los *tabellionis* no tenían más peso que otras pruebas, y éstas servían para complementar las orales que primaban. Una demostración de este carácter “relativo” de los instrumentos faccionados por los *tabellionis* dentro de los procesos judiciales se evidencia en N. 45. pr, donde narrando el curso de un proceso judicial cuenta que “el que oía el litigio trataba de conocer por medio del tabellio la verdad del negocio, y llamó al fin al *tabellio* (...) y no se encontró a quien desde el principio le fue encomendado, por lo cual, si el juez no hubiese podido conocer el caso por medio de testigos, corría ciertamente peligro de perderse por completo el conocimiento del negocio” (el subrayado es nuestro).

Era el caso de un documento que había sido elaborado por un *tabellio* y cuyo contenido era cuestionado y acusado de ser falso. De ese modo, en lugar de que el juez reconociera alguna presunción de exactitud o validez, tuvo que convocar al mismo *tabellio* para que testifique, es decir, con la finalidad de que rinda una declaración oral acerca de su actuación en esa ocasión en concreto.

Si es que el instrumento del *tabellio* hubiera sido en el derecho romano justiniano un documento público con los atributos de la *fides publica*, su llamado a declarar o el de los testigos que eventualmente intervinieron hubiese resultado innecesario por ser el contenido incontrovertible.

Sin embargo, pese a no tener *fides publica*, los documentos del *tabellio* sí tenían atributos que no poseían los instrumentos privados. En específico, tres presunciones de exactitud: autor cierto, lugar cierto y fecha cierta.

En N. 45. 1. 1 se describe que “para prohibir, pues, todas estas cosas hemos escrito la presente ley, y que queremos que de todos modos se guarden estas disposiciones por los *tabellionis*, ora estén en las provincias, teniendo entendido que, si contra esto hubieren hecho alguna cosa, perderán en absoluto las que se llaman plazas, y que el que por ellos es destinado para extender el documento” (el subrayado es nuestro). De la anterior cita pueden desprenderse los dos primeros atributos de los *tabellionis*: el autor cierto y el lugar cierto.

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 elaboraban 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. Los romanos denominaban “plaza” a la vacante asignada a una circunscripción territorial dentro de la cual los *tabellionis* podían válidamente realizar sus funciones. 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 para los jueces.

Una tercera presunción está vinculada con la fecha en la cual los docu-

mentos eran redactados. Qué duda cabe que el tiempo es un elemento fundamental para el derecho, el desarrollo de las relaciones comerciales y, sobre todo, para la solución de controversias derivadas de conflictos patrimoniales. No en vano el contenido del aforismo “*prior in tempore, potior in iure*” es el más claro reflejo de ello.

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, N. 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” (el subrayado es nuestro).

De esa manera, la fecha cierta era tomada dentro de los procesos judiciales como un punto de partida para poder establecer preferencias cuando se discutieran conflictos de derechos patrimoniales incompatibles o el reconocimiento de derechos en general a partir de hechos jurídicamente relevantes.

Respecto a las tres presunciones referidas anteriormente, es menester aclarar que éstas tenían la categoría de *iuris tantum*, es decir, admitían prueba en contrario y, salvo se demostrara en juicio algo distinto, tenían que ser tomadas por verdaderas y exactas. La razón por la cual no constituían como presunciones *iure et de iure* o incontrovertibles se debía a que los *tabellionis* carecían de *fides publica*, al no ser considerados funcionarios públicos pertenecientes al aparato burocrático.

## IV. Conclusiones

En el Imperio romano, la comunicación oral tuvo un rol medular en el desarrollo de relaciones económico-comerciales que se llevaban

a cabo en su territorio. Ello tenía un correlato en el ámbito jurídico, donde la ley no establecía formalidades solemnes para la configuración de los contratos ni para la actuación de pruebas en los procesos judiciales.

Si bien la escritura tuvo un rol relegado durante la mayoría de tiempo dentro del desarrollo histórico del Imperio, hacia finales del mismo fue ganando importancia puesto que las operaciones económicas iban volviéndose cada vez más complejas y ya no resultaba suficiente pensar en los efectos jurídicos inmediatos que producían los contratos, sino que había la necesidad de dejar constancia de los acuerdos a través de medios que pudieran perdurar en el plano cronológico. En ese contexto económico-social surgió la figura del *tabellio*.

Los *tabellionis* eran profesionales privados y no funcionarios públicos. Actuaban a instancia de parte de quienes comparecían frente a ellos a través de la *rogatio*, ordenaban y estructuraban las intenciones de los interesados y concluían con la redacción de documentos de cualidades especiales reconocidas por el sistema jurídico romano, que tenían la finalidad de dejar prueba de la manera más fiel posible de la voluntad de los contratantes.

De igual manera, los *tabellionis* tenían una función auxiliar en la impartición de justicia, la misma que se evidenciaba en dos momentos distintos: *ex ante* (rol asesor) y *ex post* (rol testimonial) respecto a las controversias judiciales.

Los documentos elaborados por los *tabellionis* no llegaron a sustituir la formalidad oral predominante para la conformación de los contratos y acuerdos de naturaleza jurídica. Los primeros resultaban ser una manifestación escrita que no llegó a ser obligatoria jurídicamente, pero su uso empezó a generalizarse en el marco de las crecientes exigencias del tráfico comercial.

Los documentos elaborados por los *tabellionis* tenían naturaleza híbrida puesto que ostentaban características propias de los instrumentos públicos, pero también de los privados. Si bien establecían una triple presunción *iuris tantum* (autor, lugar y tiempo de redacción

del documento), no gozaban de *fides publica* porque los *tabellionis* no eran funcionarios públicos pertenecientes al aparato burocrático. Ello generaba que los documentos que faccionaban no fueran incontrovertibles en el marco de los procesos judiciales.

Los *tabellionis* fortalecieron el sistema judicial romano al aportar medios de pruebas que propiciaban decisiones más justas respecto de los conflictos intersubjetivos. En cuanto al aspecto probatorio, tenían el mismo peso que aquellas otras pruebas que no se basaban en instrumentos públicos.

# **La discapacidad sensorial en derecho romano: falta de idoneidad de personas ciegas, sordas y mudas para participar como testigos en el otorgamiento de testamentos. Referencia a la reforma del artículo 681 del Código Civil español**

---

Por Emma M. Rodríguez Díaz<sup>704</sup>

---

<sup>704</sup> Doctora en Derecho. Profesora adjunta en la Universidad de Oviedo (España).

## Resumen

Tras el cambio normativo en España promovido por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, se reconoció la idoneidad de personas ciegas, sordas y mudas para participar como testigos en el otorgamiento de testamentos comunes ante notario, quebrando una larga tradición histórica ya existente en derecho romano.

## Abstract

*This paper analyses the legislative change in Spain after the Law 15/2015, of July 2, on Voluntary Jurisdiction, which recognized the capacity of blind, deaf and dumb people, to participate as witnesses in the granting of common wills before a notary, in order to adjust own legislation to international regulations, breaking a long historical tradition already existing in roman law.*

**Palabras clave:** testamento; testigo; discapacidad

## I. Introducción

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria introdujo una importante modificación en materia sucesoria en el Código Civil español al reconocer la idoneidad de personas con limitaciones sensoriales, en concreto, ciegos, sordos y mudos, para participar como testigos en el otorgamiento de testamentos. Completó la regulación la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, al permitir testar a personas con discapacidad

sensorial.<sup>705</sup> La importante novedad fue aplaudida por los colectivos afectados<sup>706</sup> y tiene gran relevancia social, pues una de cada seis personas de la Unión Europea tiene una discapacidad entre leve y grave, aproximadamente ochenta y siete millones de personas que no pueden participar plenamente en la sociedad.<sup>707</sup>

El fin de las reformas fue adaptar el Código Civil a normas suprana-

---

<sup>705</sup> Artículo 2º. Veintiocho. El artículo 665 se redacta con el siguiente texto: “La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”. Veintinueve. El artículo 695 pasa a tener la redacción que se indica: “El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos. Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad”. Treinta. Se suprime el ordinal 2º del artículo 697: “Cuando el testador, aunque pueda firmarlos, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. Si el testador no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada”. Treinta y uno. Se da nueva redacción al párrafo tercero del artículo 706, del modo siguiente: “Si estuviese escrito por cualquier medio técnico o por otra persona a ruego del testador, éste pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento. Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, deberá firmarse con una firma electrónica reconocida”. Treinta y dos. El artículo 708 se redacta con el siguiente tenor: “No pueden hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer. Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, siempre que se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código”. Treinta y tres. Se modifica el inciso inicial del artículo 709 y se añade un último párrafo, en los términos siguientes: “Las personas que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente: (...) Las personas con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas”.

cionales vigentes en el ordenamiento jurídico español. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas,<sup>708</sup> ratificada por España el 21 de abril de 2008, con entrada en vigor el 3 de mayo de ese mismo año, exige a los Estados partes que protejan y salvaguarden todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, entre las que se encuentran las que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Desde la perspectiva comunitaria, el artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>709</sup> afirma que “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”. El artículo 26 establece que “la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”. En tanto, se prohíbe por el artículo 21 toda discriminación por razón de discapacidad, interdicción reiterada en el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>710</sup> que

<sup>706</sup> <https://www.20minutos.es/noticia/2484838/0/ciegos/sordos-mudos/testigos-testamentos> (consultado en enero de 2023).

<sup>707</sup> Unión de la Igualdad: la Comisión Europea presenta la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030 | Información Europea (jcyf.es) (consultado en enero de 2023). Según el artículo 2 a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social: “Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

<sup>708</sup> <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> (consultado en enero de 2023). La Convención y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

<sup>709</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18-12-2000, en [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf) (consultado en enero de 2023).

<sup>710</sup> “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.” En versión consolidada publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 30-3-2010, en <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf> (consultado en enero de 2023).

autoriza a la Unión a adoptar las acciones adecuadas para luchar contra ella.<sup>711</sup> En este marco de acción, la Comisión Europea puso en marcha la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020,<sup>712</sup> con el objetivo de promover la igualdad de trato de las personas con discapacidad, apoyar y complementar políticas y programas nacionales encaminados a fomentar la igualdad, por ejemplo, promoviendo la conformidad de la legislación de los Estados miembros en materia de capacidad jurídica, como ya había dispuesto el artículo 12. 2 de la Convención de Naciones Unidas. Estas disposiciones han sido relevadas por la Comisión Europea con la nueva “Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030”, a fin de garantizar su participación en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos de la Unión Europea y fuera de ella. Las nuevas disposiciones contienen medidas concretas para que las personas con discapacidad puedan disfrutar plenamente de sus derechos y tengan las mismas oportunidades en la vida que las demás.<sup>713</sup>

---

<sup>711</sup> Artículo 19 (antiguo artículo 13 TCE): “1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual; 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1”.

<sup>712</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 15 de noviembre de 2010, en [https://www.mscbs.gob.es/ssi/iscapacidad/docs/estrategiaeuropiadiscapacidad2010\\_2020.pdf](https://www.mscbs.gob.es/ssi/iscapacidad/docs/estrategiaeuropiadiscapacidad2010_2020.pdf). Ver también el informe de 9 de junio de 2016 de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con especial atención a las Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (2015/2258(INI), en [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0203\\_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0203_ES.pdf) (consultados en enero de 2023).

<sup>713</sup> [Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030 \(europa.eu\)](https://www.europa.eu/strategy/en/strategy-2021-2030) (consultado en enero de 2023).

La intervención de testigos en la autorización de escrituras públicas relativas a actos *inter vivos* tiene carácter excepcional, tras la reforma operada por ley de 1º de abril de 1939, que la limitó a supuestos en que alguno de los otorgantes no supiera o no pudiera leer y escribir (artículo 180 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944). Sin embargo, la intervención de los testigos se mantuvo con carácter general en los testamentos hasta la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, De modificación del Código Civil en materia de testamentos, que suprimió la intervención de los testigos como requisito general a fin de acoger “el deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo como la disposición de última voluntad”. Estos testigos debían ser idóneos, según el entonces artículo 681. 2 del Código Civil, estimando que no eran tales los ciegos y los totalmente sordos o mudos. Hubo que esperar a la citada Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 para ver reconocidos los derechos de estos discapaces sensoriales, frente a una larga tradición histórica.

## II. Intervención de los testigos en el testamento romano

El testamento<sup>714</sup> fue fundamental para la conciencia social romana, cuyo fin fue asegurar la unión de lo personal y patrimonial en la figura del heredero.<sup>715</sup> La concurrencia de testigos en el otorgamiento del

---

<sup>714</sup> Definiciones romanas de testamento, ver: Ulpiani Regulae XX, I; D. 28,1, 1, (Mod. 2 pand); I. J. 2, 10 pr. Entre la abundante bibliografía sobre testamento y formas testamentarias, ver: WARNKOENING, L. A. (1829). *Commentarii Juris Romani privati ad exemplum optimorum a celeberrimis germaniae iuriconsultis compositorum adornati*. T. 3, Desoer; MUHLENBRUCH, C. F. (1831). *Doctrina Pandectarum*, V. 3, Hemmerde et Schwetschcke, pp. 261 y ss; ORTOLÁN, M. (1877). *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*. T. I. 4ª edición. Traducción por Francisco Pérez de Anata y Melquíades Pérez Rivas. Madrid: Libros I y II de la Instituta, pp. 502 y ss; RIEVER, A. (1878). *Traité Élémentaire des successions a cause de mort en droit romain*. Bruxelles, pp. 49 y ss; ARNDTS, L. (1879). *Trattato delle Pandette, versione italiana di Filippo Serafini*, V. III. Bologna, pp. 158 y ss; HEINECIO, J. (1888). *Recitaciones del*

testamento fue tan relevante que comparten la misma etimología,<sup>716</sup> aunque no sea posible identificar *testamentum* con “acto jurídico confirmado por testigos”, pues de las fuentes resulta un negocio jurídico más complejo *iuris civilis*, *mortis causa*, personal, unilateral, revocable y siempre formal.<sup>718</sup>

---

*derecho civil romano. Traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente por Luis de Collantes y Bustamante.* T. I. 8ª edición. Valencia: Librería de Pascual Aguilar, pp. 296 y ss; PALUMBO, L. (1892). *Testamento romano e testamento longobardo.* Lanciano; DROPSIE, M. (1892). *The Roman Law of Testaments, Codicils and gifts in the even of death (mortis causa donaciones).* Philadelphia; GLÜCK, F. (1900). *Commentario alle pandette, L. 28, traducido y anotado bajo la dirección de F. Serafini,* Milano, pp. 5 y ss; VAN WETTER, P. (1911). *Pandectes contenant l'histoire du droit romain et la legislation de justinien.* T. 50. Paris; WINDSCHEID, B. (1925). *Diritto delle pandette. V. III. Traducción por C. Fadda y P. E. Bensa.* Torino: Utet; SCIALOJA, V. (1934). *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali.* Padova; JORS, W. y KUNKEL, P. (1937). *Derecho privado romano.* Traducción de la 2ª ed. alemana por Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, pp. 448 y ss; BIONDI, B. (1945). *Successione testamentaria-donazioni.* Milano: Giuffré; BIONDI, B. (1967). *Autonomia delle disposizioni testamentarie e inquadramento del testamento nel sistema giuridico. Scritti di Diritto Moderno. Parte generale del Diritto ereditario.* Milano: Giuffré; FERRINI, C. (1953). *Manuale di Pandette.* Traducción de la 4ª edición por G. Grosso. Milano, Giuffré, pp. 597 y ss; SCHERILLO, G. (1956-1957). *Corso di diritto romano: Il testamento.* Milano: Giuffré; SCHERILLO, G. (1967). *Corso di diritto romano. Il testamento, Parte seconda.* Milano: Giuffré, pp. 4 y ss; SCHULZ, F. (1960). *Derecho romano clásico.* Traducción por Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, pp. 228 y ss; BONFANTE, P. (1974). *Corso di Diritto Romano, Vol. Sesto, Le Successioni.* Milano: Giuffré; VOICI, P. (1963). *Diritto ereditario romano, V. II. Parte speciale.* 2ª edición. Milano: Giuffré; VOICI, P. (1978). *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo imperio. I. Il IV secolo.* Prima Parte, en lura, XXIX; VOICI, P. (1982). *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo imperio. I. Il V secolo,* en SDHI, XLVIII, pp. 1 y ss.; AMELOTTI, M. (1966). *Il testamento romano attraverso la prassi documentale, I. Le forme classiche di testamento.* Firenze: Le Monnier; ARANGIO RUIZ, V. (1968). *Istituzioni di Diritto Romano.* 14ª edición. Napoli: Jovene, p. 521 y ss; GROSSO, G. y BURDESE, A. (1977). *Le Successioni. Parte Generale.* Torino: Utet; PUGLIESE, G. (1990). *Istituzioni di diritto romano.* Torino: Utet; TALAMANCA, M. (1990). *Istituzioni di diritto romano.* Milano: Giuffré, p. 669 y ss; MANFREDINI, A. (1991). *La volontà oltre la morte.* Torino: Utet; MARRONE, M. (1989). *Istituzioni di diritto romano.* Palumbo, p. 843 y ss; DROPSIE, M. A. (1996). *The roman law of testaments, codicils and gifts in the event of death. Mortis causa donaciones.* Colorado: TheClassics.us; LÓPEZ PEDREIRA, A. (1998). “Las definiciones romanas de testamento” En *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano.* T. II. Vigo: Universidad de Vigo; TORRENT RUIZ, A. (1998). “Sucesión testamentaria.” En *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano.* T. I. Vigo: Universidad de Vigo, pp. 51, 57 y ss. en los que se refiere a las formas de testamento.

La eficacia jurídica *mortis causa* de la voluntad del testador dependió de requisitos externos y formales que variaron según la época, pero siempre bajo la idea imperante de publicidad: en los testamentos más antiguos, *testamentum calatiis comitiis* y *testamentum in procinctu*, el testador verbalizaba su última voluntad, el primero ante los *comitia curiata* reunidos en tiempo de paz con este fin dos veces al año (el 24 de marzo y el 24 de mayo) o ante el ejército en armas, en tiempo de guerra, antes de entrar en batalla.<sup>715</sup>

Según la doctrina,<sup>720</sup> las formas antiguas de testar fueron superadas

<sup>715</sup> GROSSO y BURDESE, *op. cit.*, pp. 13 y ss; IGLESIAS, J. (1998). *Derecho romano. Historia e instituciones*. 11ª edición. Barcelona: Ariel, pp. 554 y ss.

<sup>716</sup> IJ. 2, 10, pr: "*Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est*"; ERNOUT, A. y MEILLET, A. (2001). "Voz: Testis-is". En *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des Mots*. Traducción de la 4ª edición por J. André. París: Klincksieck, p. 689; ESCRICHE, J. (1863). "Voz: Testamento". En *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. París, p. 1493. Sobre la relevancia de los testigos en el negocio jurídico romano, ver LEMENTE, A. I. (2010). "El testigo como medio idóneo y ocasión propicia para la producción de conocimiento en Derecho Romano". En *RIDROM*, octubre-2010, pp. 178 y ss. Disponible en: [http://www.ridrom.uclm.es/documentos5/Clemente1\\_pub.pdf](http://www.ridrom.uclm.es/documentos5/Clemente1_pub.pdf).

<sup>717</sup> SCHULZ, *op. cit.*, p. 228 ss.

<sup>718</sup> Ulpiani Regulae XX, I: "*Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat*", en *Reglas de Ulpiano*, Texto latino con traducción de Francisco Hernández Tejero, Madrid, 1946, pp. 31 y 32: "El testamento es la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha con las solemnidades debidas, para que surta efecto después de nuestra muerte". Ver también *The Commentaries of Gaius and Rules of Ulpian, translated with notes by J. T. Abdy and B. Walker*, New Jersey, 2005, pp. 112 a 114; Modestino en D. 28, 1, 1, 1 (lib. II. Pandectarum): "*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem summa fieri velit*".

<sup>719</sup> Inst. de Gayo 2, 101 a 103. Sobre las teorías acerca de la función del *populus* bien como testigo, bien con capacidad decisoria para aprobar o no la voluntad del testador, ver BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni, op. cit.*, pp. 33 a 35; VOICI, *Diritto Hereditario Romano, Vol. Primo, Introduzione. Parte Generale, op. cit.*, pp. 14 a 17.

<sup>720</sup> BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni, op. cit.*, pp. 33 a 60; SCHERILLO, *Corso di diritto romano: Il testamento, op. cit.*, pp. 126 a 133 y *Corso di diritto romano. Il testamento, Parte seconda, op. cit.*, pp. 4 y ss; DROPSIE, *op. cit.*, pp. 68 a 78; D'ORS, A. (1977). *Derecho Privado Romano*. 3ª edición. Pamplona: Universidad de Navarra, pp. 328 y 329; VOICI, *Diritto Hereditario Romano, Vol. secondo, Parte Speciale, op. cit.*, pp. 990 ss; VISMARA, G. (1986). *Storia dei patti successori*. Milano: Giuffrè, pp. 70 ss; CASTRO SÁENZ, A. (2002). *Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano*. Sevilla: Universidad de Sevilla, pp. 86 a 89; AMELOTI, *op. cit.*, pp. 111 ss.

por el testamento *per aes et libram*, que se sirvió de las formalidades de la *mancipatio* en tanto enajenación inter vivos, pero con un fin *mortis causa*, debiendo el testador emitir su voluntad ante cinco testigos, *cives* y púberes,<sup>721</sup> el *libripens* y el *emptor*. Siendo un acto eminentemente oral, la voluntad del causante comenzó a recogerse por escrito en *tabulae*. El testador o un tercero en su nombre redactaba el testamento, no obstante, el *de cuius* habría de leerlo en alta voz en el acto de la *mancipatio* o al menos designar que el contenido de las tablas era su testamento.<sup>722</sup> El escrito tenía una función probatoria, pues la eficacia jurídica emanaba de la *nuncupatio*, de la expresión oral.<sup>723</sup>

El pretor eliminó del testamento *per aes et libram* la *mancipatio* y la *nuncupatio* al conceder la *bonorum possessio secundum tabulas* a quien fuera nombrado heredero en las *tabulae* signadas por siete testigos, que habría de ser nulo por razones de forma derivadas de la *mancipatio*.<sup>724</sup>

Pese al carácter básicamente escrito, también se reconoció la *bonorum possessio secundum nuncupationem* siempre que la declaración se hubiera manifestado ante siete testigos. En el testamento pretorio los testigos desempeñaron una función probatoria al priorizar la voluntad del testador por encima de la solemnidad, conviviendo ambos testamentos, el civil y el pretorio, durante la época clásica.<sup>725</sup>

En la etapa posclásica, mantenida la dualidad anterior de testamento civil y pretorio, la doctrina<sup>726</sup> concreta la aparición de un régimen unitario con la Novela 16 de Teodosio II y Valentiniano III del año 439, que eliminó el requisito de las *solemnia verba*, pero mantuvo la inter-

<sup>721</sup> Inst. Gayo 2, 107.

<sup>722</sup> Inst. Gayo, 2, 104.

<sup>723</sup> So pena de nulidad BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, op. cit., pp. 44 y 45; SCHULZ, op. cit., p. 232; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2007). "Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana." En *Notario del siglo XXI*, ENSS N° XXI, N° 13, mayo-junio 2007. Disponible en: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-13/2461-testigos-y-documentos-en-la-practica-negocial-y-judicial-romana-0-6726056231861987> (consultado en diciembre de 2022).

<sup>724</sup> Inst. Gayo 2, 119, 147 y 149.

<sup>725</sup> BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, op. cit., pp. 45 a 50.

<sup>726</sup> PÉREZ DE BENAVIDES, M. (1975). *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del derecho romano vulgar*. Granada: Universidad de Granada, pp. 6 y ss. y 24 a 27.

vención esencial de siete testigos<sup>727</sup> y ser escrito por el testador de su puño y letra o por un escribano en su nombre, presentarlo abierto o cerrado a los siete testigos, ciudadanos romanos púberes, simultáneos y rogados, ante los que el testador declara que el escrito contiene su última voluntad y a su presencia lo firma, al igual que lo firman y sellan los testigos en un mismo día y tiempo. De ser oral, la voluntad del testador se oía a la vez por los siete testigos reunidos al mismo tiempo con este fin. También se admitió el testamento ológrafo redactado por el testador sin testigos por los mismos emperadores en el año 446 (*Novellae Valentiniani* 21, 2), quienes mantuvieron la formalidad de solo cinco testigos para el testamento *parentum inter liberos* que Constantino había establecido en el año 321, cuando el testador disponía a favor de los herederos legítimos.<sup>729</sup>

Además de las formas privadas de testar, aparecieron dos públicas: el *supremum iudicium compositum municipalibus gestis* y la *voluntas, quae testimonio principis et suscriptione conditoris firmatur*, que supusieron el registro de los testamentos y la declaración ante la autoridad pública de la voluntad del testador, otorgando validez al testamento firmado por el causante y el *testimonium principis*, que equivaldría a la intervención de los testigos.<sup>730</sup>

<sup>727</sup> NTh. IX, 5: “*Non suscriptum namque a testibus atque signatum testamentum, pro imperfecto habere convenit*”; C. 6, 23, 21, pr y 4 (Imp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio) del año 439.

<sup>728</sup> Sobre el testamento ológrafo, ver LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. (2009). “Algunas consideraciones sobre el testamento ológrafo: de Roma al Código Civil español”. En *Revista Jurídica del Notariado*, N° 69, pp. 173 a 224.

<sup>729</sup> En C. 3, 36, 26 (Imp. Constantinus A. ad Bassum P.P.), confirmada en el año 439 por la citada Novela 16, recogida en C. 6, 23, 21 y 3; BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni, op. cit.*, p. 50 a 53.

<sup>730</sup> PÉREZ DE BENAVIDES, *op. cit.*, pp. 21 y 22. También aparecieron otros testamentos para situaciones extraordinarias que aliviaron las formalidades, no obstante, la presencia de testigos siempre se mantuvo (testamento en tiempo de epidemia, no es necesario que concurren a la vez todos los testigos para evitar contagios; testamento hecho en el campo bastaban cinco testigos: C. 6, 23, 31, idem A. Iohanni P.P., del año 534; testamento del ciego ante el *tabularis* y siete testigos o un octavo testigo si faltaba el notario: Inst. 2, 12, 4 y C. 6, 22, 8, Imp. Iustinus A. Demostheni P.P.; el testamento del analfabeto ante ocho testigos, siendo el octavo testigo el que firmaba por el testador: Novela Teodosiana XVI, 3, *De testamentis*, del año 439). Respecto a la capacidad del sordo y del mudo para testar, les fue negada para las formas orales, pero debió admitirse para las formas escritas y también para el ológrafo, aunque no se especifica en las fuentes postclásicas: PÉREZ DE BENAVIDES, *op. cit.*, p. 29; mantiene la tesis contraria CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2011). “Testamentos especiales de analfabetos, ciego, sordos y mudos en el Derecho Romano y el Derecho español”. En *Revista Jurídica del Notariado*, N° 79, julio-septiembre, pp. 106 y 107.

Según la doctrina,<sup>731</sup> el derecho justiniano apenas introdujo modificaciones y mantuvo la Novela Teodosiana XVI,<sup>732</sup> el reconocimiento del testamento oral ante siete testigos o escrito redactado por el testador o por tercero, bien manifestando ante siete testigos su contenido, bien indicándoles que el escrito contiene su última voluntad, debiendo ser firmado por el testador y los testigos, que serán ocho si el testador no sabe o no puede firmar. Los testigos en el testamento justiniano debían estar presentes durante todo el acto de otorgamiento, a fin de permitir advenir la autenticidad del documento.<sup>733</sup>

Siendo la intervención de los testigos un requisito *ad solemnitatem* para el derecho civil romano, explicaba Biondi<sup>734</sup> que su relevancia determinó la regulación de causas de inidoneidad, las cuales estaban ligadas a la *testamenti factio*: la inhabilidad de ser testigo se hizo depender de la incapacidad de testar, según D. 28, 1, 18 pr (Ulp., Lib. 1, ad Sab.), reiterada por el derecho justiniano en Inst. 2, 10 y 6:<sup>735</sup> “*Testes autem adhiberi possunt ii cum quibus testamentifactio est (...)*”.

Los sordos y los mudos, considerados personas afectadas por una enfermedad crónica, estaban sometidos al régimen de tutela y curatela<sup>736</sup>

<sup>731</sup> D'ORS, *op. cit.*, pp. 328 ss.

<sup>732</sup> Como resulta de C. 6, 23, 21, Impm. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio, del año 439.

<sup>733</sup> C. 6, 23, 21, 2; D'ORS, A. (1964). “Documentos y notarios en el Derecho romano post-clásico”. En *Centenario de la Ley del Notariado, Sec. Primera, Estudios Históricos*, Vol. I, Madrid, pp. 133 a 152.

<sup>734</sup> BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni, op. cit.*, pp. 56 a 60; DROPSIE, *op. cit.*, pp. 79 a 96; DALLA, D. (1990) “Voz: Sordo, mudo, sordomudo”. En *Enciclopedia del Diritto*. V. XLII. Varesse, pp. 1293 a 1295.

<sup>735</sup> D. 28, 1, 18 pr (Ulp. Lib. I. ad Sab.): “*Is cui lege bonis inter dictum est testamentum facere non potest, si fecerit, ipso iure non valet: quod tamen inter dictionem vetustius habuerit testamentum, hoc valebit. Merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, cum neque testamentifactionem habeat*”; Inst. 2, 10 y 6: “*Testes autem adhiberi possunt ii cum quibus testamentifactio est (...)*”. Sobre la discapacidad en Roma derivada de enfermedad mental, ver AZAUSTRE, M. J. (2018). “La falta de atención al discapacitado como causa de indignidad: de la Novela 115 a las Leyes 41/2003 y 15/2015”. En *Fundamentos del Derecho Sucesorio actual*. Barcelona: Marcial Pons, pp. 31 a 52.

<sup>736</sup> D. 26, 5, 8 y 3 (Ulp., 8 de *omn. tribunalibus*): “*Furioso et furiosae et muto et surdo tutor vel curator a praetor vel praeside dari poterit*”; también en D. 26, 1, 6 pr (Ulp., lib. XXXVIII ad. Sab.); D. 42, 5, 19 y 1 (Ulp., lib. LXIII. ad ed.); D. 42, 5, 20 (Paul., lib. LX ad ed.); D. 27, 1, 45 y 2 (Tryphon., lib. XIII *disputationum*); D. 50, 4, 1 y 4 (Herm., lib. I *epit.*): ver CASTÁN, *op. cit.*, pp. 105 a 109.

y carecían de *testamenti factio* (D. 28,1, 6 y 1 de Gayo; D. 28, 1, 16 pr; Reglas de Ulpiano XX, 13),<sup>737</sup> dada la oralidad de las formas de otorgamiento *per aes et libram*: según Ulpiano, el mudo porque no puede pronunciar las palabras solemnes de la *nuncupatio* y el sordo porque no puede escuchar las palabras del *familiae emptor*. Si los sordos y los mudos no pudieron testar en la etapa clásica, tampoco pudieron testificar en el acto de otorgamiento de testamento.

La incapacidad para testar se mantuvo en derecho justinianeo, si bien con un criterio más acomodado a la forma escrita habitual. Especificaban C. 6, 22, 10 del año 531 e Inst. 2, 12, 3<sup>738</sup> que la prohibición se refirió al completamente sordomudo de nacimiento, pues si la enfer-

<sup>737</sup> D. 28, 1, 6 & 1 (Gaius, lib. XVII. ad. Ed. prov.): “*Surdus mutus testamentum facere non possunt: sed si quis post testamentum factum valetudine aut quo libetalio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilo minus permanent testamentum*”; D. 28, 1, 16 pr (Pomponius, libro *singulari regularum*): “*Filius familias et servus alienus et postumus et surdus testamentationem habere dicuntur: licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamentum vel sibi vel aliis adquirere possunt*”. Reglas de Ulpiano XX, 13: “*Mutus surdus furiosus item que prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt: mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest: surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest: furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de sua re possit: prodigus, quoniam commercio illi interdictum est et ob id familiam mancipare non potest*”. Ver BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, op. cit., pp. 56 a 60; en el mismo sentido, MARTOS CALABRÚS, M. A. (1998). *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*. Almería: Universidad de Almería, pp. 26 a 28; SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Il testamento, Parte seconda*, op. cit., pp. 7 y 8.

<sup>738</sup> Inst. 2, 12 y 3: “*Item mutus et surdus non semper facere testamentum possunt. utique autem de eo surdo loquimur qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit: nam et mutus is intellegitur qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. saepe autem etiam litterati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt: unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus et modis secundum normam eius possint testari, aliaque facere quae eis permissa sunt. sed si quis post testamentum factum valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilo minus eius remanet testamentum*”; C. 6, 22, 10 de Justiniano: “*Discretis surdo et muto, quia non semper huiusmodi vitia sibi concurrunt, sancimus, si quis utroque morbo simul laborat, id est ut neque audire neque loqui possit, et hoc ex ipsa natura habeat, neque testamentum facere neque codicillos neque fideicommissum relinquere neque mortis causa donationem celebrare concedatur nec libertatem sive vindicta sive alio modo imponere: eidem legi tam masculos quam feminas oboedire imperantes*”. Ver BONFANTE, op. cit., p. 376; DALLA, D. (1988). “*Note sulle corrispondenze dei testi della compilazione in tema di testamento del sordo e del muto*”. En *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*. T. II, Madrid: Universidad Complutense, pp. 675 a 680.

medad le sobrevino con posterioridad y era persona instruida, podía testar por escrito (*sua manu scribendi*). En el supuesto de tratarse de persona sorda o muda, incluso de nacimiento, podía testar, pues el sordo podría hacerlo por escrito u oralmente y el mudo por escrito si supiera de letras. Sin embargo, esta opción no tuvo reflejo en la habilidad del testigo mudo o sordo, que fue siempre excluida con carácter general por Justiniano en Inst. 2,10 y 6:<sup>739</sup> “(...) *sed neque mulier neque impubes neque servís neque mutus neque surdus neque furiosus nec cui bonis interdictum est, necis quem leges iubent improbum intestabilem que esse, possunt in numero testium adhiberi*”.

El fragmento no distinguió ningún supuesto, quebrando la conexión entre la *testamenti factio* activa, prevista en el *Codex* y en las Instituciones para estos discapaces sensoriales, y la idoneidad para testificar que se había instaurado en la etapa clásica.

Respecto al ciego, la doctrina ha admitido su testamento con carácter especial<sup>740</sup> realizado oralmente. También se ha planteado la posibilidad de que pudiera haberse admitido el testamento escrito, por medio de un tercero que hiciese constar la voluntad del testador.<sup>741</sup> Sin embargo, opinamos que el ciego pudo haber sido excluido de la condición de testigo hábil, pues éstos debían encontrarse *in conspectu testatoris*, de modo que pudieran ver y oír al testador.<sup>742</sup> El emperador Justino en el año 521<sup>743</sup> reguló su testamento otorgado con determinadas garantías:

---

<sup>739</sup> D. 29, 5, 3 y 8 (Ulp., lib. 50 ad Ed.): “*Surdus quoque inter inbecillos numerandusestaut inter eosqui sub eodemtecto non sunt, quia ut illi per spatium, ita hic per morbum nihil audit*” y 10: “*Mutum simili modo excipimus, sed ibi, ubivocis tantum auxilium superluit*”; Inst. 2,10 y 6: “(...) *sed neque mulier neque impubes neque servus neque mutus neque surdus neque furiosus nec cui bonis interdictum est, nec is quem leges iubent improbum intestabilemque esse, possunt in numero testium adhiberi*”.

<sup>740</sup> Ver por todos DE LAS HERAS, G. (1998). “El testamento del ciego”. En *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*. Tomo 1, Vigo: Universidad de Vigo, pp. 252 y 253.

<sup>741</sup> DE LAS HERAS, op. cit., p. 253; CASTÁN, op. cit., pp. 94 y 95.

<sup>742</sup> Inst. Gayo 2,104, D. 28, 1, 21 pr (Ulp., lib. II *ad Sab.*); C. 6, 23, 9 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Patrocliae, a. 290).

<sup>743</sup> C. 6, 22, 8: “*Hac consultissima lege sancimus, ut carentes oculis seu morbo vel ita nati per nuncupationem suae condant moderamina voluntatis, praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est, tabulario etiam: ut cunctis ibidem collectis primum ad*

exposición verbal ante notario y siete testigos u ocho, de no estar presente el *tabularius*. La norma fue acogida por Justiniano en Inst. 2, 12 y 4.<sup>744</sup>

La condición de los testigos debía examinarse al tiempo del otorgamiento, no a la muerte del testador.<sup>745</sup> Debían ser rogados, invitados a tal fin por el causante o, al menos, tener conciencia de la función que iban a desempeñar<sup>746</sup> y estar presentes durante todo el acto.<sup>747</sup> Ninguno podía ser obligado a dar testimonio y, en caso de imposición, el testamento era nulo.<sup>748</sup>

---

*se convocatos omnes, ut sine scriptis testentur, edoceat, deinde exprimat nomina specialiter heredum et dignitates singulorum et indicia, ne sola nominum commemoratio quicquam ambiguitatis pariat, et ex quanta parte vel ex quotis uncis in successionem admitti debeant et quod unumquemque legatarium seu fideicommissarium adsequi velit: omnia denique palam edicat, quae ultimarum capit dispositionum series lege concessa; 1. Quibus omnibus ex ordine peroratis uno eodemque loco et tempore, sed et tabularii manu conscriptis sub obtentu septem (ut dictum est) testium et eorumdem testium manu subscriptis, dehinc consignatis tam ab isdem testibus quam a tabulario, plenum obtinebit robur testantis arbitrium; 1a. Quae in eodem modum erunt observanda, quamvis non heredes instituere, sed legata solum vel fideicommissa et in summa quae codicillis habentur congrua duxerit ordinanda; 1b. (1) at cum humana fragilitas mortis praecipue cogitatione turbata minus memoria possit res plures consequi, patebit eis licentia voluntatem suam sive in testamenti vel in codicilli tenore compositam cui velint scribendam credere, ut in eodem postea collocatis testibus et tabulario, re etiam (ut dictum est) patefacta, cuius causa convocati sunt, et chartula prometur, quam susceptam testatori recitabit tabularius simul et testibus, ut, ubi tenor eorum cunctis innotuerit, elogium ipse suum profiteatur agnoscere et ex animi sui quae lecta sunt disposuisse sententia, et in fine subscriptio sequatur testium nec non omnium signacula tam testium (prout dictum est) quam tabularii; 2. Sed quia tabulariorum copia non in omnibus locis datur quaerentibus, iubemus, ubi tabularius reperiri non possit, octavam adhiberi testem, ut, quod tabulario pro supra dicto modo commissimus, id per octavam testem effectum capiat: libera potestate concedenda suas voluntates in praedictum modum ordinantibus chartulam ita subscriptam, ita denique consignatam, ut antelatae formae declarant, cui velint ex testibus custodiendam mandare. Sic fieri namque confidimus, ut non recipiat se tantum in caecis testandi licentia, sed ne locum quidem ullum relinquat insidiis tot oculis spectata, tot insinuata sensibus, tot insuper in tuto locata minibus” (Iustinus A. Demostheni pp. A 521 D. K. Iun Constantino Iustiniano et Valero Conss). Sobre el fin de la norma, bien regular el derecho a testar de los ciegos, bien reforzar los requisitos para evitar fraudes, ver CASTÁN, *op. cit.*, p. 95.*

<sup>744</sup> Inst. 2, 12 y 4: “Caecus autem non potest facere testamentum nisi per observationem quam lex divi Iustini patris mei introduxit”.

<sup>745</sup> D. 28, 1, 22 (Ulp., lib. 39 *ad Ed*).

<sup>746</sup> D. 28, 1, 20 y 9 (Ulp., lib. I *ad Sab.*); D. 28, 1, 21 y 2 (Ulp., lib. II *ad Sab.*) y D. 28, 1, 27 (Celsus, XV. *Digestorum*).

### III. Regulación en el Código Civil español

En España,<sup>749</sup> el Fuero Real (año 1255), libro 3, título 5, ley 1,<sup>750</sup> reguló las formas testamentarias acogiendo las previstas en el Fuero Juzgo. No dispone esta legislación los requisitos para ser testigo<sup>751</sup> pero

<sup>747</sup> D. 28, 1, 20 y 8 (Ulp., lib. I. *ad Sab.*); C. 6, 23, 12 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Matronae, a. 293-304); C. 6, 23, 21, 2 (Imp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio, a. 439) y C. 6, 23, 28 pr (Imp. Iustinianus A. Luliano P.P., a. 530).

<sup>748</sup> D. 28, 1, 20 y 10 (Ulp. lib. I. *ad Sab.*).

<sup>749</sup> Respecto a la intervención de los testigos en las formas testamentarias visigóticas, ver PÉREZ DE BENAVIDES, *op. cit.*, pp. 86 a 94; D'ORS, A. (1960). "Estudios visigóticos II". En *El Código de Eurico*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, pp. 236 y 237. Las formas testamentarias están previstas en la *Lex Visigotorum* II, 5, 1 1 de Recesvinto, "*Qualiter confici vel firmari conveniat ultimas hominum voluntates*"; y en su versión romance del Fuero Juzgo, Libro II, título V "De las escrituras y testamentos", ley 11: "Valga el testamento hecho en cualquiera de estos modos: por escrito firmado de mano del testador y de los testigos; o signado por una y otra parte; o si lo fuere por otro que lo escriba, o señale por el testador, no sabiendo éste escribir; o ante testigos sin escrito alguno. El executado en los 2 primeros modos debe mostrarse al Obispo dentro de 6 meses; y si el testador puso su señal, deben jurar los testigos que la hizo. El que le hiciere del tercer modo debe valer, mostrándose ante el Obispo hasta 6 meses, y jurando los testigos y el que lo escribió por el testador, no tener engaño, y haberlo escrito y firmado según su mandato. El que se hiciese en el quarto modo valga, después que los testigos juren haber sido rogados para que lo fuesen de él lo qual hagan ante el Juez dentro de 6 meses, jurando todo su contenido, y firmándolo por sí mismos ó por otros testigos: y después de esto deben haber los testigos por su trabajo la 20ª parte del dinero del difunto, y no de los demás bienes, deudas, y libros que han de haber sus herederos. A éstos deben hacerlo saber los testigos hasta 6 meses; y no haciéndolo, o no cumpliendo dentro de ellos lo dicho en esta ley, sean tenidos por falsos; salvo si lo dexen de hacer por engaño de otro hombre, o por mandato del Rey, o por otra cuita" (obtenido de la edición facsímil del Fuero Juzgo de Juan de la Reguera Valdelomar, 1798). Aunque el Fuero Juzgo no especificó expresamente los requisitos físicos para la idoneidad de los testigos, resulta del juramento ante el Obispo que debían ver y oír al testador al momento de otorgar testamento, añadiendo la ley 2 que: "El testigo rogado de algún escrito no ponga su signo en él sin preceder su lectura: y si lo hiciere, no valga su testimonio ni el escrito". En suma, los testigos en las escrituras y testamentos escritos no podían ser ciegos y debían saber leer a fin de que su intervención alcanzara validez jurídica. Ver MARTOS CALABRÚS, *op. cit.*, 35 y ALONSO Y LAMBÁN, M. (1954). "Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón". En RDN, II-5 y 6, p. 65; MARTOS CALABRÚS, *op. cit.*, p. 36. Sin embargo, la *Lex Visigothorum* no alude al número ni a los requisitos físicos de los testigos que participan en el testamento. Según ARVIZU y GALARRAGA, F. de (1977). *La disposición "mortis causa" en el Derecho español de la Alta Edad Media*.

sí para ser “cabezal” o albacea del testamento excluyendo expresamente, entre otros, al mudo y al sordo por naturaleza.<sup>752</sup>

Más extensa fue la regulación de Partidas. El Rey Sabio admitió dos formas de testar: el nuncupativo o abierto ante siete testigos, bien sea de viva voz o por escrito; y el testamento *in scriptis* o cerrado donde los siete testigos desconocen su contenido, aunque saben que el docu-

---

Pamplona: Universidad de Navarra, pp. 48 y ss. y 254 a 264, si bien la intervención de los testigos se mantuvo como requisito formal del otorgamiento de testamento en nuestro derecho de la Alta Edad Media, tampoco existe una regulación de las condiciones necesarias para ser testigo, ni de su número para la validez del acto, siendo probable que se exigiese tener más de catorce años, ser libre y estar en su sano juicio en los mismos términos que para testar. Si se alude a que deben ser designados por el otorgante y estar presentes en la manifestación del testador de ser oral y en la lectura del testamento por el escribano u otra persona y en la suscripción por el otorgante, de ser escrito, lo que exige que puedan ver y escuchar al causante a fin de asegurar la certeza y la publicidad del otorgamiento. Ver también PÉREZ DE BENAVIDES, *op. cit.*, pp. 86 y 87; OBARRIO, J. A. (2002). *El testamento nuncupativo y su recepción en la Corona de Aragón*. Valencia: Minim, p. 32; GARCÍA GARCÍA, H. (1955). “La forma del testamento en la España visigótica.” En *Estudios históricos y documentos de los Archivos de Protocolos*. Tomo III. Madrid, pp. 215 a 228; GARCÍA GALLO, A. (1977). “Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España.” En AHDE, XLVII, pp. 451 a 480 y GARCÍA GALLO, A (1982). “El Problema de la sucesión mortis causa en la Alta Edad Media española.” En *Estudios de Historia del Derecho Privado*. Sevilla: Universidad de Sevilla, pp. 251 a 271; MEREJA, P. (1945). “Sobre o testamento hipanico no seculo VI.” En AHDE, XVI, pp. 86 a 99; BUSSI, E. (1971). *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto commune (Contratti, Successioni, Diritti di famiglia)*. Padova: Cedam, pp. 153 a 160; BERMEJO CASTRILLO, M. A. (1996). *Parentesco, matrimonio, propiedad y herencia en la Castilla altomedieval*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, pp. 462 y ss; BAKKALI-HASSANI, S. (2018). “El número de testigos en los testamentos medievales.” En *Fundamentos del Derecho Sucesorio actual*. Barcelona: Marcial Pons, pp. 53 a 62.

<sup>750</sup> “Todo ome que ficiere su manda, quier seyendo sano quier enfermo, fagala por escripto de mano de alguno de los escrivanos públicos, o por otro escripto en que ponga su seello el que faz la manda, o en que faga poner otro seello conosciado que sea de creer, o si non por buenas testimonias: et la manda que fuer fecha en cualquier destas quatro guisas, vala por todo tiempo si quel que la fizo non la desficies.”

<sup>751</sup> Más allá de que debían ser rogados para la validez del testamento (Fuero Real, libro 3, título 5, ley 8).

<sup>752</sup> Fuero Real, libro 3, título 5, ley 7: “Mandamos que ningun siervo, nin religioso, nin muger, nin orne que non sea de hedat, nin loco, nin herege, nin judío, nin moro, nin mudo, nin sordo por natura, nin ome que sea dado por alevoso o por traydor, nin ome que sea judgado a muerte, nin ome que sea echado de tierra, que non puedan seer cabezales en ninguna manda.” Se denominaban así porque se hallaban a la cabecera del causante en la enfermedad y en la muerte, dejándoles encomendada la ejecución del testamento.

mento contiene la última voluntad según manifestación del causante ante quien comparecen para completar el documento con sus nombres y sellos.<sup>753</sup> Si bien la ley 1ª de la Partida 6ª, título I, especificó que no podían ser testigos el siervo, el menor de catorce años, la mujer ni el hombre de mala fama; de una forma más extensa la Ley 9ª<sup>754</sup> excluyó

---

<sup>753</sup> Partida 6ª, tít. I, Ley 1ª: "... La una es á la que llaman en latín testamentum nuncupativum, que quier tanto decir como manda que se face paladinamente ante siete testigos, en que demuestra el que lo face por palabra o por escripto, a cuales establece por sus herederos o como ordena o departe las otras sus cosas. La otra manera es a que dicen en latin testamentum in scriptis, que quiere tanto decir como manda que se face por escrito, e non de otra guisa. E tal testamento como este debe ser fecho ante siete testigos que sean llamados e rogados de aquel que lo face, e ninguno destes testigos non debe ser siervo, nin menor de catorce años, nin mujer ni home mal enfamado. Otrosí decimos que cada uno debe escrebir su nome en la fin del testamento, diciendo así: Yo fulano so testigo deste testamento que lo fizo tal ome (nombrándolo) seyendo yo delante. E si alguno dellos non sopiere escrevir, cualquiera de los otros lo pueda facer por mandado del. E demás desto deben poner todos los testigos sus sellos en la cartícula del testamento con cuerdas pendientes. E si alguno dellos non oviese sello, puede esto facer con sello de otro. Otrosí decimos que el facedor del testamento debe escrebir su nome en la fin de la carta, diciendo así. Yo fulano, otorgo que fice este testamento en la manera que es escrito en esta carta. E si non supiese o non pudiese escrebir, bien lo puede facer otro por mandado del". Partida 6ª, tít. I, Ley 2ª: "En escrito queriendo alguno facer su testamento (...) si por ventura lo quiesiere facer en poridad que non sepa ninguno de los testigos lo que es escrito en él, puédelo facer desta manera. Debe él por su mano mesma escrebir el testamento, si sopiere escribir e si non debe llamar a otro qual quisiere en quien se fie, e mándegelo escrebir en su poridad. Después que fuere escrito, debe doblar la carta e poner en ella siete cuerdas, con que se cierre de manera que finquen colgadas para poner en ella siete sellos, e debe dejar tanto pergamino blanco de fuera en que puedan los testigos escrebir sus nomes, e después desto debe llamar e rogar tales siete testigos, como dice la ley, ante desta, e mostrarles la carta doblada e decirles así: Este es mi testamento, e ruego vos que escribáis en él vuestros nomes e que los selleis con vuestros sellos. E el otrosí debe escrebir su nome e facerlo escrebir en fin de los otros testigos ante ellos, diciendo así: Yo otorgo que este es el testamento que yo fulano fice e mandé escrebir..."

<sup>754</sup> Partida 6ª, tít. I, Ley 9ª: "Testiguar non pueden en los testamentos, aquellos que son condenados por sententia, que fuesse dada contra ellos por malas cantigas, o ditados, que fizieron contra algunos con entencion de enfamarlos. Nin otrosí, el que fuesse condenado por juyzio de los judgadores, por razo de algund mal fecho, que ficiesse, asi como por furto, o por homicidio o por otro yerro semejante destes, o por mas grave de que fuesse dada sententia contra el. Nin otro si ninguno de los que dexan la fe de los christianos, o se tornan moros o judíos: maguer se tornassen despues a nuestra fe que dizen en latin apostatas. Nin las mujeres, nin los que fuesen menores de catorze años. Nin los siervos. Nin los mudos. Nin los sordos. Nin los locos mientras estovieren en la locura. Nin aquellos a quien es defendido que non usen de sus bienes: porque son desgastadores dellos en mala manera: ca estos atales non pueden ser testigos en testamento. Otrosí non lo puede ser ome que es siervo de otro. Pero si alguno de los testigos, que se acertaron quando se fizo algund testamento andava en aquella sazón por omelibrem maguer después fuesse hallado en verdad que era siervo, non se embarga el testamento por esta razón".

además a los condenados por sentencia judicial, los apóstatas, los sordos, los mudos, los locos y los pródigos.<sup>755</sup> En el caso de los sordos y los mudos se justificó porque el totalmente sordo no puede entender al testador y el mudo no puede declarar. Sin embargo, ya Benito Gutiérrez<sup>756</sup> criticó, de una parte, que la legislación se limitara a copiar los textos romanos sin tener en cuenta que ambas deficiencias no impiden conocer la voluntad del testador ordenada por escrito ante escribano y, de otra, que no se incluyera al ciego, pues no puede ser testigo quien no puede ver al testador, necesario en todo testamento, ni reconocer el signo, respecto al escrito.<sup>757</sup>

El Ordenamiento de Alcalá, sancionado por Alfonso XI en 1348, en su título 19, “De los testamentos”, Ley única, entre otras modificaciones, pues suprimió la necesidad de la institución de heredero, estableció tres formas de testar: ante notario y tres testigos vecinos; ante cinco testigos vecinos sin presencia de notario; y ante tres testigos vecinos, cuando no pudieran ser hallados más y no hubiera notario en el pueblo. No especificó la idoneidad de los testigos, no obstante, deben estar presentes a la hora de otorgar.<sup>758</sup> La concurrencia de testigos al acto de

<sup>755</sup> SALA, J. (1837). *Ilustración del Derecho Real de España*. T. I. La Coruña, pp. 155 a 165.

<sup>756</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1863). *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. T. III. Madrid: Librería de Sánchez, p. 145.

<sup>757</sup> Se plantea el citado autor en la página 146: “Y en efecto, ¿podrá un ciego firmar seguro de que el instrumento en que pone su firma es el que realmente quiere firmar? ¿podrá responder de la identidad del testador no pudiendo verle ó de que no testa un vivo tomando el nombre y la voz del muerto?”

<sup>758</sup> “Si alguno ordenare su testamento, o otra su postrimera voluntat en qualquier manera con Escrivano publico, deben y ser presentes á lo ver otorgar tres testigos a lo menos vecinos del lugar, dó se ficiere; et si lo ficiere sin Escrivano publico, sean y cinco a lo menos vecinos, segunt dicho es, si fuere lugar do los pudiese a ver; et si fuere tal lugar dó non puedan ser avisados cinco testigos, que lo menos sean y tres testigos, e sea valedero lo que ordenare en su postrimera voluntat; et el testamento sea valedero en las demandas, e en las otras cosas, que en el se contienen, aunque el testador non aya fecho heredero- alguno; et estonce herede aquel, que segunt derecho, o costumbre de la tierra avía de heredar, si el testador non ficiera testamento; e cumplase el testamento. Et si ficiere heredero el testador, e el heredero non quisiere la hereditat, vale el testamento en las mandas, e en las otras cosas, que en el se contienen; et si alguno dexare a otro en su postrimera voluntat hereditat o manda, o mandare que la den, o que la aya otro, e aquel primer a quien fuere dejada non la quisiere, mandamos que el otro, o otros que la puedan tomar, e aver?”

otorgamiento fue, por tanto, obligatoria y debían ser conscientes de la trascendencia de su intervención (rogados), además de entender el contenido de la disposición lo que exigía, en suma, reunir las condiciones adecuadas para ver, oír y entender al testador.<sup>759</sup>

Las formas de hacer testamento dispuestas en el Ordenamiento de Alcalá se regularon en la Ley de Toro 3<sup>a</sup>,<sup>760</sup> publicadas por la reina Juana en 1505, que distinguió, como las Partidas, entre el testamento abierto nuncupativo, tal como quedó regulado en el Ordenamiento de Alcalá, y el testamento cerrado o *inscriptis* en el que intervenían siete testigos y escribano público, constando ocho firmas: la de los siete testigos más la del testador u octavo testigo que lo supliera y el signo del escribano. Si bien esta legislación no reguló los requisitos que habrían de reunir los testigos, se ha venido interpretando conforme la regulación de Partidas.<sup>761</sup> Posteriormente, la Pragmática Sanción de Felipe II en 1566<sup>762</sup> añadió una cuarta forma al disponer que se pudiera testar ante siete testigos no vecinos, pero que reunieran las condiciones exigidas por el derecho, aun cuando se pudieran hallar vecinos y hubiere en el pueblo

<sup>759</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 126.

<sup>760</sup> “Ordenamos é mandamos que la solemnidad de la ley del ordenamiento del señor rey D. Alonso, que dispone cuántos testigos son menester en el testamento, se entienda e platique en el testamento abierto, que en latin es dicho nuncupativo, agora sea entre los hijos o descendientes legítimos, ora entre herederos extraños; pero en el testamento cerrado, que en latin se dice in scriptis, mandamos que intervengan a lo ménos siete testigos con un escribano, los cuales ayan de firmar encima de la escriptura del dicho testamento, ellos y el testador si supieren o pudieren firmar, y si no supieren y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas y más el signo del escribano... los cuales dichos testamentos... si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no faganfé ni prueba en juicio ni fuera de él”

<sup>761</sup> PACHECO, J. F. (1862). *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*. Tomo I. Madrid: Manuel Tello, p. 67: “No han de estar física ni moralmente impedidos; porque los primeros (ciegos, sordos, desmemoriados) no los podrían materialmente comprender, y a los segundos (infames) los repele con justicia en estas diligencias serias é importantes”. Sobre el carácter solemne y no simplemente *ad probationem* de su intervención: GARCÍA SÁNCHEZ, J. y GARCÍA FUEYO, B. (2018). “El testamento ante el párroco: una institución jurídica de raíces romanas”. En *Fundamentos del Derecho Sucesorio actual*. Barcelona: Marcial Pons, p. 352.

<sup>762</sup> “Pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar a donde se hiciese el testamento”

notario.

La disposición del Ordenamiento de Alcalá se recogió en la Nueva Recopilación promulgada por Felipe II en 1567, al libro V, título 4, ley 1<sup>a</sup><sup>763</sup> y en la Novísima Recopilación, libro 10, título 18, ley 1<sup>a</sup>. En cuanto al testamento cerrado tal como fue regulado en la ley 3<sup>a</sup> de las Leyes de Toro, fue admitido por la Nueva Recopilación, Libro V, título 4<sup>o</sup>, Ley 2<sup>a</sup><sup>764</sup> y después por la Novísima Recopilación, publicada en 1805, libro 10, título 18, Ley 2, de modo que estuvieron en vigor las citadas cuatro formas hasta la entrada en vigor del Código Civil: la legislación vigente en Castilla, recogida en la Novísima Recopilación, permitía las tres formas nuncupativas del Ordenamiento de Alcalá, la forma abierta introducida por la Pragmática Sanción de 1566, además

---

<sup>763</sup> Ley 1<sup>a</sup>: "Si alguno ordenare su testamento o otra postrimera voluntad con escriuano publico, deven ser presentes a lo ver otorgar tres testigos alomenos vezinos del lugar donde el testamento se hiziere: y si lo hiziere sin escribano publico, que sean ay alomenos cinco testigos vecinos segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere aver y sino pudieren ser avidos cinco testigos, ni escrivano en el dicho lugar alomenos sean presentes tres testigos vezinos del tal lugar: pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aun que no sean vecinos ni passe ante escrivano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aun que los testigos no sean vezinos del lugar a donde se hiziere el testamento. Y mandamos que el testamento que en la forma suso dicha fuere ordenado valga en quanto a las mandas y otras cosas que en el se contienen, aun que el testador no aya hecho heredero alguno: y entonces herede aquel que segú derecho y costumbre de la tierra avia de heredar, en caso que el testador no hiziera testamento, y cumpla se el testamento. Y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas y en las otras cosas que en el se contienen. Y si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad por heredero, o le legare o mandare alguna cosa para que la de a otro alguno a quien substituye en la herencia o manda, si el tal heredero o legatario no quisiere aceptar, o renunciare la herencia o el legado, el substituto o substitutos lo puedan aver todo."

<sup>764</sup> Ley 2<sup>a</sup>: "Ordenamos y mandamos, que la solemnidad de la ley del ordenamiento del señor rey don Alonso de susocótenida, que dispone quátos testigos son menester en el testamento, se entienda y platique en el testamento abierto, que en latin es dicho nuncupativo, agora sea entre los hijos o descendientes legitimos, ora entre herederos estraños: pero en el testamento cerrado que en latin se dize in scriptis, mandamos que intervengan alomenos siete testigos con un escrivano, los quales ayan de firmar encima de la escriptura del dicho testamento ellos y el testador si supieren, y pudieren firmar: y sino supieré, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros: de manera que sean ocho firmas y mas el signo del escrivano (...) los quales dichos testamentos y codicillos sino tuvieren la dicha solénidad de testigos, mandamos que no faganfee ni prueba en juyzio ni fuera del!"

de la secreta regulada por las Leyes de Toro, ley 3<sup>a</sup>. En estas formas testamentarias se exigió la intervención de los testigos que tenían una función probatoria e incluso de autorización del testamento en los casos en los que no intervenía el notario (en el testamento cerrado se exigía su participación). Los testigos y el testador debían firmar el testamento todo en unidad de acto. El testamento necesitaba para ser eficaz la elevación simultánea, cuando intervenía escribano público, o posterior a escritura pública.<sup>765</sup>

En cuanto a la etapa codificadora, el artículo 2239 del Proyecto de Código Civil de 1836<sup>766</sup> exigió que en todo testamento debieran intervenir testigos que no fueran enteramente sordos, mudos ni ciegos. La inclusión del ciego como persona inhábil, junto con el totalmente sordo o mudo, se produce ahora por primera vez desde la legislación romana y fue seguida por el Proyecto de Código Civil de 5 de mayo de 1851 de García Goyena, en el artículo 590,<sup>767</sup> pues consideró el jurista que el invidente no podría firmar seguro de que el instrumento en que pone su firma es el que realmente quiere firmar, ni podría responder de la identidad del testador al no verle, ni aseverar que no testa un vivo tomando el nombre y la voz de un muerto. La exigencia de ver y entender al testador que estableció el artículo 565 del Proyecto impedía

---

<sup>765</sup> MARTOS CALABRÚS, *op. cit.*, p. 60. Sobre la relevancia de la intervención notarial en la práctica testamentaria, ver TABERNERO, C. (2016). "El testamento como género discursivo en documentación peninsular (de la Edad Media al s. XVIII)" En *Onomázein. Revista semestral de lingüística, filología y traducción*, Nº 34 (dic. 2016), pp. 71 a 85.

<sup>766</sup> Ver LASSO GAITE, J. F. (1970). *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*. Vol. I. Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 146 y 147; y Vol. II, p. 301. El artículo 2239 del Proyecto de Código Civil de 1836 decía: "En todo testamento deben intervenir testigos varones mayores de dieciocho años, que no sean enteramente sordos, mudos ni ciegos; que no hayan sido condenados criminalmente y que nada reciban del testamento, ni ellos ni sus ascendientes o descendientes en línea recta, ni su cónyuge."

<sup>767</sup> El artículo 589 del Proyecto dispuso que: "En los testamentos, de cualquier clase que sean, los testigos deben ser mayores de catorce años, súbditos del rey, y que no hayan sido inhabilitados por sentencia ejecutoriada para serlo en juicio o en instrumento público"; añadiendo el artículo 590 que: "No pueden ser testigos del testamento: 1<sup>º</sup>) Los amanuenses del escribano que lo autorice; 2<sup>º</sup>) Los ciegos, y los que no entiendan el idioma del testador; 3<sup>º</sup>) Los totalmente sordos ó mudos; 4<sup>º</sup>) Los que no estén en su sano juicio; pero los locos o dementes podrán serlo en sus lúcidos intervalos; 5<sup>º</sup>) Los que no tengan la calidad de domiciliados, cuando la ley la requiera expresamente."

la participación a los ciegos y también a los totalmente sordos, porque no podían entender al causante.<sup>768</sup>

El posterior Anteproyecto de 1882-1888 adoptó las formas testamentarias del Proyecto de 1851<sup>769</sup> en el artículo 672 y reiteró la importancia del papel de los testigos en consonancia con el artículo 590 del Proyecto de García Goyena, de modo que impidió que fueran hábiles para testar los ciegos y los totalmente sordos o mudos, según el artículo 676.

La promulgación del Código Civil unificó la forma de testamento abierto admitiendo una sola ordinaria realizada ante notario y tres testigos y admitió el testamento cerrado en los artículos 706 a 715. Con carácter general se reguló la idoneidad de los testigos en los testamentos en el artículo 681, incluyendo en el apartado 4º a los ciegos y los totalmente sordos o mudos como personas incapaces a tal fin.<sup>770</sup> Antes de la reforma del Código Civil en materia de tutela por Ley 13/1983, del 24 de octubre, existía cierta identidad entre la redacción de este precepto y la del artículo 200 del Código Civil, que recogía entre los *numerus clausus* de causas de incapacitación a los sordomudos que no supieran leer y escribir. Al igual que ocurrió en derecho romano, de la regulación del entonces vigente Código Civil se aprecia cierta identidad entre la falta de *testamenti factio* o incapacidad para testar del sordomudo (artículos 199, 200 y 663 y siguientes del Código Civil) y su inidoneidad para testificar, predicable del testamento (artículo 681 del Código Civil), de las escrituras públicas (artículo 182, 1º, del Reglamento Notarial)<sup>771</sup> y

<sup>768</sup> GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. T. II, Madrid: Sociedad Tipográfico-Editorial, pp. 43 y 44.

<sup>769</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1965). *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*. Madrid: Colegio Notariales de España, pp. 195 y ss.

<sup>770</sup> Artículo 681. "No podrán ser testigos en los testamentos: (...) 4º) Los ciegos y los totalmente sordos o mudos". Se complementaba este precepto, para el testamento abierto, con el artículo 694 del Código Civil al expresar que los testigos, como el Notario, debían ver y entender al testador, conocer el contenido del documento notarial y firmar el testamento si sabía hacerlo (artículo 695 del CC) Ver BINDER, J. (1953). *Derecho de Sucesiones*. Traducción de la 2ª edición alemana por Lacruz Berdejo. Barcelona: Labor, pp. 4, 5 y 54 a 58; CASTÁN, J. M. (1979). *Derecho civil español, común y foral*. Tomo VI, Vol. 2, 8ª edición. Madrid: Reus, pp. 58 y 83 a 90.

<sup>771</sup> Artículo 182, 1: "Las personas con discapacidad psíquica, los invidentes, los sordos y los mudos". Se modificó por el artículo 7 del Real Decreto 1276/2011, del 16 de septiembre, quedando como sigue: "1º) Las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere".

del proceso (artículo 1246, 2º del Código Civil, derogado por Disposición Derogatoria Única 2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, del 7 de enero).<sup>772</sup>

Las cuatro reformas legislativas posteriores del artículo 681 del Código Civil<sup>773</sup> mantuvieron la inidoneidad de los ciegos y los totalmente sordos o mudos que pasó al ordinal 2º. La más significativa fue operada por Ley 30/1991, del 20 de diciembre, de “Modificación del Código Civil en materia de testamentos” que suprimió a los testigos como requisito general en los testamentos notariales.<sup>774</sup> La reforma permitió igualar las formalidades de los actos *inter vivos* y *mortis causa*, tras cincuenta y dos años desde la supresión de los testigos en aquellos, operada por Ley del 1º de abril de 1939, dejando la intervención de dos testigos para los supuestos específicos previstos en los artículos 685, en relación con los artículos 696 y 698, los llamados testigos de conocimiento, para identificar al testador cuando el notario autorizante no pueda hacerlo por medio de los documentos o por no conocerlo personalmente, y en el supuesto de los testigos instrumentales, cuando el testador no

---

<sup>772</sup> Artículo 1246: “Son inhábiles por incapacidad natural: (...) 2º Los ciegos y sordos, en las cosas cuyo conocimiento depende de la vista y el oído”

<sup>773</sup> Ley de 1 de abril de 1939 (que afectó al requisito de vecindad de los testigos, permitiendo que lo fueran quienes no tiendo la vecindad del testador, no obstante aseguraban conocer al testador y el notario conociera al testador y a los testigos); Ley 24 de abril de 1958 (que reconoció la idoneidad de la mujer para ser testigo y especificó los familiares del notario y personal a su cargo que no podían testificar en los testamentos); Ley 6/1984, del 31 de marzo (que eliminó la inidoneidad de los que estuvieran sufriendo “pena de interdicción civil”) y por Ley 30/1991, del 20 de diciembre, que se denominó de la “Supresión de los testigos en los testamentos” y fue cambiado al transformarse en ley por el de “Modificación del Código Civil en materia de testamentos” (se eliminó la incapacidad de los condenados por falsificación de documentos públicos y privados o por el de falso testimonio, a los que no estuvieran domiciliados en el lugar del otorgamiento y se redactó de nuevo las personas vinculadas por lazos familiares o laborales con el notario).

<sup>774</sup> Sobre la necesidad de testigos en los testamentos notariales, con exposición de argumentos a favor y en contra, nos remitimos a: ARENAL OTERO, V. (2004). “La delación testamentaria. El testamento como negocio jurídico y la capacidad para testar”. En *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. T. V. Director: Francisco Lledó Yagüe. Madrid: Dykinson, pp. 86 a 90; MARTOS CALABRÚS, M. A. (2000). *Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*. Comares: Granada, pp. 23 a 27; RIVAS MARTÍNEZ, J. J. (2009). *Derecho de Sucesiones, Común y Foral*. Tomo I. 4ª edición. Madrid: Dykinson, p. 187.

sepa o no pueda firmar el testamento o lo interesen el testador o el notario, en testamento abierto o cerrado (artículos 697 y 707.5ª y 7ª); en el caso del testamento abierto, cuando el testador pueda firmarlo, pero sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento (artículo 697 del CC), a quienes expresamente les está vedado el testamento cerrado (artículo 708 del CC).<sup>775</sup> En todos estos supuestos la intervención de los testigos mantuvo la condición de requisito *ad solemnitatem* de la validez del testamento e instrumento de publicidad del acto que se realiza ante ellos.<sup>776</sup>

El artículo 681 dispuso la incapacidad de los ciegos, los totalmente sordos y mudos, inhabilidad que contaba con el visto bueno de la doctrina mayoritaria,<sup>777</sup> al tratarse de defectos naturales que inhabilitan para intervenir en un acto en el que han de ver y entender al testador (artículos 679 y 680). La prohibición del ciego afectó a quien careciera de visión y al que tuviera la capacidad visual muy disminuida, de modo que no pudiera distinguir el rostro del testador, ni saber si se ha producido o no sustitución de los pliegos que debe firmar, ni leer el testamento, ni ver la firma que él mismo estampa. No obstante, ya hubo autores<sup>778</sup> que

---

<sup>775</sup> Añadiríamos los supuestos especiales de testamento sin necesidad de notario, en caso de peligro inminente de muerte (artículo 700) que exige cinco testigos y de epidemia (artículo 701) en el que bastan tres.

<sup>776</sup> A favor de su condición de medio de prueba: MARTOS CALABRÚS, *Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, op. cit. pp. 95 y 96.

<sup>777</sup> OSSORIO MORALES, op. cit., p. 66; RIVAS MARTÍNEZ, op. cit., pp. 165 y 166; GUTIÉRREZ-SOLAR BRAGADO, E. (1996). Testamentos especiales. Editorial de Derecho Reunidas: Madrid, pp. 10 a 16; M. BLOCH RODRÍGUEZ, J. (1957). "Los testigos en los testamentos notariales". En *Revista de Derecho Notarial*, p. 353; PRADA GONZÁLEZ, J. M. de (1976). "Las formalidades testamentarias y la nueva ley uniforme". En Estudios jurídicos en homenaje a Federico de Castro. T. II, Madrid: Tecnos, p. 485; FERNÁNDEZ HIERRO, J. M. (2000). *Los testamentos*. Albolote: Granada, pp. 165 y 166, 316 a 318, 336 y 353 a 357; VERDERA IZQUIERDO, B. (2011). *La nulidad del testamento o disposiciones testamentarias*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, pp. 63 a 71.

<sup>778</sup> MARTOS CALABRÚS, *Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, op. cit., pp. 104 a 107; FERNÁNDEZ HIERRO, op. cit., pp. 160 a 166; DIEZ PICAZO Y GULLÓN, L. (1990). *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV, Madrid: Civitas, pp. 350 y ss; ROCA-SASTRE, L. (1995). *Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Bosch. T. I, pp. 121 y 122; GONZÁLEZ PORRAS, J. M. (1990). "Artículo 681. Comentarios a los artículos 657 a 693 del Código Civil". En *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, dirigidos por M. Albaladejo*. Madrid: Edersa, pp. 311 a 313; MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1972). *Comentarios al Código Civil Español*. T. V. Madrid: Reus, p. 630.

cuestionaron la inhabilidad del mudo que supiera leer, pues puede ver y escuchar al testador, leer el documento y hacerse entender por signos; o del sordo que pueda leer en los labios y entender completamente al testador, porque la finalidad del precepto se cumple. Lo mismo cabría explicar respecto del sordomudo que supiera leer y escribir, si además lee en los labios, en la medida que su función testifical estaría garantizada, al igual que el sordo, pues por la lectura de los labios podrá entender al testador y, si sabe leer y escribir, examinará por sí mismo el documento, pudiendo comunicarse por medio de la escritura; todo ello sin perjuicio de la intervención en el otorgamiento de facultativos o técnicos que permitieran la comunicación. De hecho, las resoluciones de la DGRN del 16 de octubre de 1974 y del 31 de julio de 1987 eliminaron las trabas formales al otorgamiento de escrituras públicas por personas carentes de oído o sordomudos, permitiendo su manifestación de voluntad por medio de personas técnicas en el lenguaje especial de los sordomudos.

La reforma operada por Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria dejó sin contenido el apartado 2º del artículo 681 del Código Civil y eliminó el impedimento por primera vez en nuestro derecho para personas ciegas, sordas o mudas de actuar como testigos en los testamentos, presenciando el acto de otorgamiento cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar, cuando el testador o el Notario así lo soliciten o por disposición legal (arts. 697, 698. 1º y 707.5º del Código Civil).<sup>779</sup>

#### IV. Conclusiones

El legislador español, tras la reforma de 1991, abandonó la necesidad, con carácter general, de la concurrencia de testigos en los testamentos comunes notariales, que solo intervendrán cuando concurren los supuestos previstos legalmente, a fin de evitar fraudes y proteger la voluntad del testador. Este objetivo se alcanzaba con testigos idóneos, de los que fueron excluidos, ya desde el derecho romano, el ciego, el sordo y el mudo por su discapacidad sensorial. La inhabilidad se ha mantenido en nuestra normativa a lo largo de los siglos, pero el perjuicio del

legislador español era incompatible con las nuevas orientaciones sobre el tratamiento de la discapacidad, cristalizadas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Ha sido la reciente Ley 15/2015, del 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, la norma que finalmente ha reconocido la idoneidad de las personas ciegas, sordas o mudas para participar como testigos en los testamentos. La modificación reconoce su plena capacidad jurídica consustancial a todo ser humano, que deberá ir acompañada de las medidas e instrumentos adecuados que permitan alcanzar de forma eficaz el objetivo legal en igualdad de condiciones que los demás, siendo éste, sin duda, una mano tendida a la labor social del notariado.

# El testamento ológrafo. Requisitos. Un caso de jurisprudencia actual y el antecedente en el derecho romano

---

Por Julieta Salomé Rodríguez<sup>760</sup>

## I. Introducción

El objetivo del presente trabajo es que, a partir del análisis de un fallo reciente vinculado con los requisitos y características actuales del testamento ológrafo, podamos profundizar en las diferencias que existen entre el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN) y el Código de Vélez en esta materia, así como también las principales características de este instituto en el derecho romano postclásico.

---

<sup>760</sup> Becaria estudiante y actualmente graduada en UFLO Universidad. Integrante del proyecto de investigación "Una mirada romanista a los libros quinto y sexto del Código Civil y Comercial de la Nación", dirigido por la Prof. Mirta Beatriz Álvarez.

## II. Planteo del caso

El fallo bajo análisis es una sentencia del 28 de octubre de 2021 dictada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul<sup>781</sup> que revoca la sentencia de primera instancia del Juzgado Civil y Comercial N° 2 de Tandil, en la cual se declaraba que la nota suicida presentada en el proceso no resultaba válida como testamento ológrafo por carecer de fecha cierta.

Para decidir en tal sentido los jueces de la Cámara consideraron que, si bien la fecha cierta es uno de los requisitos exigidos para la validez del testamento ológrafo, el hecho de que la nota fuera la carta de despedida de la causante que luego se quitó la vida, permitía concluir que la falta de fecha cierta se subsanaba con la fecha de la muerte autoprovocada, tal como se había planteado en el memorial que recurría el fallo de primera instancia.

Los hechos del caso fueron los siguientes: la causante (M.L.F.) se quitó la vida el día 2 de julio de 2019, dejando una carta dirigida a su madre y a su hermana, que eran sus familiares más cercanos, ya que no tenía hijos ni cónyuge. En la misma, además de dejar indicaciones sobre la disposición de su cuerpo, legaba sus caballos y una parte de un campo que le pertenecía a distintos allegados, entre ellos el señor J.P.G., que es quien va a traer al proceso sucesorio iniciado por la madre de la causante la nota suicida, alegando su carácter de testamento ológrafo.

El juez de primera instancia, en concordancia con lo dictaminado por el fiscal, resolvió que la nota traída al proceso no resultaba válida como testamento ológrafo a los fines de instituir como legatario al señor J.P.G., por carecer de fecha, como así también de enunciaciones o elementos materiales que permitan establecerla de manera cierta.

Esta decisión fue apelada por el señor J.P.G., quien expresó en su memorial que la nota en ciernes adquirió fecha cierta “pues, fue la misiva

---

<sup>781</sup> F. M. L. s/ Sucesión Ab-Intestato. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul (Buenos Aires) SALA I. 28/10/2021.TR LALEY AR/JUR/170076/2021.

de despedida de la causante y mediante la cual dejó plasmada su voluntad de legar como lo hizo, justamente minutos antes de suicidarse”.

El fallo de la Cámara confirmó lo sostenido por el apelante con fundamento en los siguientes argumentos:

En primer lugar, sostuvo que, si bien son requisitos de todo testamento ológrafo que sea escrito de puño y letra del testador expresando su última voluntad y que sea fechado y firmado, puede distinguirse entre un requisito esencial y absoluto (la escritura de puño y letra del testador), ya que de su observancia no solo depende la validez del testamento sino su existencia misma. En ese sentido, no se exige el empleo de fórmulas solemnes, pero del contexto del acto debe resultar de forma inequívoca la voluntad de testar, es decir, toda expresión firme de la voluntad del causante de que ella se cumpla luego de su fallecimiento. Una carta, como la del caso, puede valer como testamento ológrafo siempre y cuando no existan dudas respecto de la voluntad de disponer de sus bienes después de su muerte.

En definitiva, “para que exista un testamento en sentido técnico se requiere una expresión de voluntad actual, firme y definitiva de disponer de los bienes para después de la muerte a favor del destinatario, que debe surgir del instrumento mismo”.

En consecuencia, la opinión del Tribunal es que más allá de tratarse de una carta de despedida, resulta válida como testamento ológrafo “toda vez que se advierte sin hesitación alguna, la última voluntad de M.L.F. respecto de la disposición de parte de sus bienes para después de su muerte” (en la nota le deja los caballos a A. y J.P. y su parte del campo a J.P.G.).

No obsta a dicha interpretación el hecho de que el párrafo se encuentre inserto en la nota suicida ni que no haga referencia a los términos “heredero” o “legatario”.

Por otra parte, en la misma nota, la causante expresa su enojo con su madre (única heredera *ab intestato*) y con su hermana, lo cual fundamenta que decida dejar parte de sus bienes a otras personas allegadas, y da sustento a la interpretación de la misiva como expresión de su última voluntad.

En cuanto a la falta de fecha del documento, la jueza opinante manifiesta que el requisito se ha flexibilizado bajo la órbita del CCCN, ya que se ha establecido que no resultará inválido el acto si el mismo contiene enunciaciones o elementos materiales que permitan establecerla de una manera cierta.

En este punto, la jueza hace mención a la jurisprudencia sentada por ese mismo tribunal en una sentencia del 5 de agosto de 2021 en la cual los jueces se preguntaban por qué es importante la fecha y respondían que lo era porque debía de servir para: “1) Determinar la capacidad del testador al momento de su emisión; 2) En el supuesto de pluralidad de testamentos, estipular cual debe prevalecer; 3) Establecer si ha sido revocado por un casamiento posterior; y 4) Establecer la legislación aplicable”.

Luego menciona que, si bien el testamento es un acto solemne por lo que no se podría prescindir de ninguna formalidad prescrita por la ley, tampoco correspondería exigir más, por lo que las disposiciones testamentarias deben adecuarse a la voluntad real del causante, según el contexto del acto. Cita a continuación a Maffia (2010) en su obra *Tratado de las sucesiones*, que dice que

cuando una formalidad se nos aparece vacía de contenido, es irritante prescindir por ella de la voluntad del testador y arrebatar los bienes a su verdadero dueño para dárselos a quien el causante no quiso que pasaran. En semejante situación, el Juez está en el deber de abrazar aquellos argumentos que satisfacen a la verdad y a la justicia, cuando son razonables, tienen algún apoyo de autoridad y no chocan con el texto expreso de la ley.

En consecuencia, la magistrada opina que

en orden a la actual legislación, la falta de fecha no acarrea por sí la nulidad del testamento si por otros medios puede establecerse la misma, máxime si en su caso no se encuentran cuestionamientos anteriores respecto de la capacidad del testador, no se ha denunciado la existencia de otro testamento que pueda ser posterior, no contrajo matrimonio con posterioridad a la supuesta fecha del

testamento y resulta factible determinar la legislación aplicable... Así las cosas, estimo que, el tono de la redacción de la nota, las instrucciones dadas con respecto a su cuerpo, los sentimientos plasmados y que se encuentra dirigida a su madre y hermana resultan elementos que permiten establecer la fecha de redacción del testamento el mismo día de su suicidio, esto es el día 2 de julio de 2019.

## II. 1. Otro antecedente judicial

Tanto en el fallo de la Cámara como en la contestación de los agravios por parte de la heredera *ab intestato*, se hace referencia a otra sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, del 13 de mayo de 2021 (I., H.D. s/Sucesión Ab Intestato).<sup>782</sup> En este caso, si bien se dictó bajo la vigencia del CCCN, resultaba aplicable el Código de Vélez ya que el documento en cuestión databa del año 2008.

El causante había dejado un testamento ológrafo y una carta complementaria al albacea. Al momento de escribir ambos documentos vivía su madre, por lo que en el testamento hace referencia a la porción disponible de su patrimonio, aclarando específicamente que nada debían recibir sus hermanos. Al momento de su muerte, su madre ya no vivía, por lo que no existían herederos forzosos y la Justicia dio por válidos ambos instrumentos como testamento ológrafo y rechazó el pedido de la hermana de heredar la porción legítima que al momento de la redacción del testamento le asignaba a la madre.

En esta sentencia se resolvió:

1. No es testamento una carta que no está destinada a manifestar la última

---

<sup>782</sup> I., H. D. s/sucesión ab intestato. 13/05/2021. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala I. TRLALEY AR/JUR/32965/2021.

voluntad del que la hace, debido a que, si la carta no contiene un testamento, no constituye un acto hecho precisamente para probar la última voluntad. Empero, si el testador le ha dado a la carta la finalidad de expresar su voluntad definitiva de disponer de sus bienes para después de su muerte, y está manuscrita, fechada y firmada, entonces no cabe otra solución razonable y justa que reconocerle el carácter de testamento ológrafo.

2. En el caso, no se genera una necesidad cierta de interpretar la voluntad del causante, dado que el testamento carece de un contenido oscuro, equívoco o contradictorio.

3. En materia de interpretación de testamentos no se puede desconocer que la voluntad generadora ha desaparecido y, en consecuencia, lo único que queda es la voluntad exteriorizada, voluntad que, si bien tiene proyección y efectos jurídicos inmensos, no ha liado la declaración de voluntad de otra parte que no sea la aparentemente exteriorizada por el causante. El juez no es un corrector, sino que ha de aceptar el testamento tal como está redactado y extraer su posible sentido, aplicando las reglas de la sana crítica al elemento material en que la voluntad debe descubrirse, de ahí que deba tenerse especial cuidado en no desnaturalizar una cláusula pues no cabe hacer decir al testador lo que no ha expresado y, por esa vía, tergiversar su voluntad.

4. El juez no es un exégeta, y, por tanto, debe aceptar el testamento tal como está redactado y extraer su posible sentido, aplicando las reglas de la sana crítica al elemento material en que la voluntad debe descubrirse. De ahí que el intérprete deba cuidarse de no desnaturalizar una cláusula so pretexto de interpretarla, para no convertirse de intérprete en deponente.

5. El testamento ológrafo no exige el empleo de fórmulas solemnes o sacramentales, pero del contexto del acto debe resultar la voluntad inequívoca de testar. El elemento intencional no depende del uso de fórmulas sacramentales, ni palabras o giros determinados, bastando una expresión clara e inequívoca de la voluntad de testar.

6. Una carta misiva no es un acto, y el testamento debe ser un acto, es decir, un escrito destinado a expresar la última voluntad. Pero si el testador le ha dado ese carácter y así lo ha declarado implícitamente, el testamento es perfectamente válido.

En este caso, la hermana de la causante cuestionaba el carácter de testamento que se le había otorgado a una carta en la cual entendía que no se cumplían con los requisitos de forma para ser considerada como testamento ológrafo.

### III. El testamento ológrafo en el CCCN. Conflictos con el CPCCN

#### III. 1. El testamento ológrafo en el CCCN

Según Azpiri (2019),<sup>783</sup> el testamento es el instrumento al que el CCCN le atribuye la idoneidad para regular la sucesión por la voluntad del causante.

Luego de la reforma del 2015, nuestra legislación prevé dos tipos de testamentos: el testamento ológrafo, regulado en los artículos 2477 y 2478, y el testamento por acto público, previsto en los artículos 2479 a 2481. No se ha mantenido en el CCCN la posibilidad de testar bajo la forma de “testamento cerrado” que preveía el artículo 3262 del Código de Vélez.

Se sostiene que el testamento ológrafo es la forma más sencilla de testar, ya que es una obra exclusiva del testador quien, sin necesidad de testigos, publicidad o intervención de un oficial público, puede manifestar su última voluntad. Además, es la forma menos costosa, lo que hace que sea la manera más accesible de testar.

El artículo 2477 establece los requisitos del testamento ológrafo que son la escritura de la mano del testador, la fecha y su firma, y por supuesto, las disposiciones de bienes mediante las cuales el testador plasma su voluntad para después de su muerte.

El primer requisito implica que el testamento ológrafo solo puede ser efectuado por el testador; no podrá realizarlo otra persona ni un

---

<sup>783</sup> AZPIRI, J. (2019). *Derecho Sucesorio*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 317.

apoderado. Es decir que no se cumplirá con el requisito si el testador ha ordenado a otro que escriba el testamento en todo o en parte. Para este supuesto, el último párrafo del artículo 2477 establece que “los agregados escritos por mano extraña invalidan el testamento, solo si han sido hechos por orden o con consentimiento del testador”. Lo que significa que solo se anula el testamento cuando se pueda demostrar que los agregados realizados por un tercero obedecen a la voluntad del testador. De lo contrario, cualquier persona podría invalidar un testamento ológrafo agregándole una frase de su puño y letra.

Cabe mencionar que se autoriza la redacción en cualquier idioma, respetando los caracteres propios del mismo. En este punto ya no se hace referencia a “caracteres alfabéticos”, como establecía el artículo 3641 del Código de Vélez. Es decir que si el idioma del testador es de los que no se escriben con caracteres alfabéticos, no habrá inconvenientes en realizarlo en caracteres ideográficos, como sería el caso de un testamento redactado en chino o japonés. Por el contrario, no están admitidos en nuestro ordenamiento los escritos dactilográficos o tipográficos, por el requisito de que sea otorgado por “la mano misma del testador”.

No hay consenso en la doctrina con respecto a la validez de un testamento otorgado en sistema braille. En este punto vamos a encontrar opiniones como la de Azpiri, que se inclina por la invalidez de un testamento otorgado en sistema braille por no considerarlo un idioma. En ese sentido también se expresan las Dras. Cristina Silva y Romina Gerino (2017).<sup>784</sup> Otras opiniones, como la del Dr. Marcos M. Córdoba (2015) que sostiene, en su comentario al artículo 2477<sup>785</sup> que no cabe duda de que los testamentos otorgados en sistema braille son perfectamente válidos, ya que se estaría cumpliendo con la exigencia de ser escrito en los “caracteres propios del idioma en que es otorgado”. Dice, además, que el Código no incluyó disposiciones específicas para

---

<sup>784</sup> SILVA, C. y GERINO, R. (2017). “La regulación del testamento ológrafo en el CCCN y su incidencia en el CPCCN”. En *La Ley*, 17/10/2017, TR LALEY AR/DOC/2125/2017. Thomson Reuters.

<sup>785</sup> LORENZETTI, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo XI. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 89

los ciegos con el fin de evitar discriminaciones innecesarias, por lo que los ciegos podrán testar utilizando su sistema de escritura que consiste en caracteres o signos dibujados en relieve para poder leer con los dedos y que esto implica comprender el sentido de cualquier tipo de representación simbólica. Además, un testamento otorgado mediante el sistema braille puede ser objeto de pericia caligráfica para comprobar su autenticidad.

En cuanto a los materiales que se utilicen para otorgar el testamento, el CCCN no hace ninguna aclaración, por lo que podrá utilizarse tinta, lápiz, pintura, carbón, etc., y también es válido cualquier material sobre el cual se asiente el testamento (papel, cartón, cuero, géneros, etc.) en la medida en que se pueda conservar inalterado y permita luego la realización de la pericia caligráfica para atribuir la escritura al testador.

El CCCN no ha reproducido el contenido del artículo 3648 del Código de Vélez que establecía que “el testamento ológrafo debe ser un acto separado de otros escritos y libros en que el testador acostumbra escribir sus negocios. Las cartas por expresas que sean respecto a la disposición de los bienes, no pueden formar un testamento ológrafo”.

Con respecto a este punto, si bien el CCCN no ha reproducido el contenido del artículo 3648, no debe dejar de interpretarse que el testamento ológrafo tiene que ser un acto independiente desde el punto de vista intelectual, aunque no lo fuera desde el material.

El segundo requisito establecido por el artículo 2477 del CCCN es el de la fecha. Este requisito es común a todas las formas de testar y puede tener algún margen de flexibilidad.

Azpiri<sup>786</sup> sostiene que la importancia de la fecha radica en que sobre su base se determinará la capacidad del testador, ya sea en razón de su edad o por privación de la razón; se fijan temporalmente los hechos sobre la base de los cuales pudo haber existido error, dolo o violencia sobre el testador; se establece la posibilidad de revocación por otro testamento de fecha posterior; se determinan la exigencias formales que debe cumplir; fija los supuestos que pueden limitar la vocación suce-

---

<sup>786</sup> AZPIRI, *op. cit.*, pp. 343-344.

soria testamentaria como el tutor o el curador antes de ser aprobadas las cuentas de su administración; establece la posibilidad de revocación del legado por la venta posterior del bien objeto de la disposición, etc.

La fecha no necesariamente debe incluir precisión de día, mes y año en la medida en que se puedan individualizar estos datos de forma inequívoca, como sería en el caso de que se indicara, por ejemplo, “Navidad de 2021”, “el día en que el testador cumple 30 años” o cualquier otra mención de la cual se pueda extraer con certeza la fecha en la que el testamento fue otorgado.

Se plantean algunos supuestos especiales como el caso de la fecha incompleta, donde parte de la doctrina sostiene que será válido un testamento ológrafo que solo contenga mes y año, en la medida en que en ese mismo mes no haya ocurrido otro acontecimiento que pueda alterar su validez o consecuencia (Córdoba). Así fue entendido por alguna jurisprudencia bajo el argumento de que no se había probado que durante ese mes se hubiera producido algún supuesto de incapacidad del testador o revocación del testamento. En este punto, Azpiri no comparte la postura y considera que si solo se hace mención al mes y al año, el testamento será inválido por tratarse de una fecha parcial o incompleta y que la interpretación amplia puede llevar a desnaturalizar el requisito porque el mismo criterio podría aplicarse a un testamento que solo tuviera la indicación del año.

Otro supuesto especial es el de la fecha falsa. En este caso, el testamento será inválido si el testador lo hizo con la intención de violar una norma de orden público (por ejemplo, vulnerar la legítima de un heredero forzoso). En el caso de la fecha equivocada o errónea, y por aplicación del principio *favor testamenti*, no se afectará la validez del testamento.

Por último, tenemos el caso de la falta de fecha, que es el supuesto que se presenta en el fallo analizado en este trabajo. Aquí la jurisprudencia plenaria previa a la entrada en vigencia del CCCN había establecido que “la falta de fecha en un testamento ológrafo acarrea necesariamente su nulidad en todos los casos”.<sup>787</sup>

---

<sup>787</sup> CNCIV, en pleno, 14/4/80, LL, 1980-B-356.

En la actualidad la excepción contenida en el artículo 2477 del CCCN que establece que “la falta de alguna de estas formalidades invalida el acto, excepto que contenga enunciaciones o elementos materiales que permitan establecer la fecha de una manera cierta”, permite entender que esa doctrina ha perdido vigencia y que deberá estarse al caso particular para determinar la validez del testamento ológrafo.

Así lo entiende Córdoba en su comentario al artículo 2477 cuando expresa, citando a Ferrer, Córdoba y Natale en “Observaciones al Proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria”, que

la fecha incompleta, imposible de completar o directamente la falta total de fecha, no afecta la validez del testamento salvo que deban dirimirse controversias cuya solución dependa del tiempo en que aquél haya sido otorgado. En ambos casos –fecha incompleta y ausencia total de fecha– existe el mismo motivo para dejar a salvo la validez del testamento: la fecha carece totalmente de importancia cuando no existe cuestión alguna que deba resolverse por el tiempo en que fue hecho el testamento.

Por último, con respecto a la ubicación de la fecha, el CCCN establece que puede colocarse antes o después de la firma.

Cabe mencionar que no se exige como requisito solemne la indicación del lugar de otorgamiento del testamento. Sin embargo, se considera conveniente su inclusión, ya que del lugar dependerá la ley que regirá la validez formal del testamento según el artículo 2645.

El último requisito exigido es el de la firma. Aquí la norma establece que ésta se encuentre después de las disposiciones, “como expresión de la completitud de la voluntad del causante”.<sup>788</sup>

Como todo el testamento ológrafo, deberá provenir de la mano misma del testador y, de acuerdo al artículo 2476, “debe suscribírsele tal como el autor de ella acostumbra a firmar los instrumentos públicos o privados”.

---

<sup>788</sup> LORENZETTI, *op. cit.*, Tomo XI, p. 91.

### III. 2. Conflictos con el CPCCN

Una de las críticas que se le hacen con más frecuencia al CCCN es que se han incluido en él normas de carácter procesal.

Tal es el caso de lo que sucede con el artículo 2339, que va a exigir la pericia caligráfica del testamento olográfico para comprobar la autenticidad de la escritura y de la firma del testador. Esta norma colisiona con lo previsto en el artículo 704 del CPCCN, en el cual se establece que la firma y letra del testador será reconocida por dos testigos.

Las Dras. Cristina Silva y Romina Gerino, en su artículo “La regulación del testamento ológrafo en el Código Civil y Comercial y su incidencia en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”<sup>789</sup> indican que este requisito de la pericia caligráfica no estaba previsto en el Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998 y que, como el artículo 2339 es una norma eminentemente procesal, el artículo 704 se derogaría tácitamente eximiendo el requisito del reconocimiento de los testigos y estableciendo la necesidad de efectuar una pericia caligráfica.

En este punto la doctrina también se encuentra dividida. Para algunos, esta nueva exigencia es sumamente positiva, ya que busca evitar e impedir los casos de falsedad y le otorga mayor seguridad al proceso de su protocolización.

Por el contrario, para otros, esta exigencia hará que el uso del testamento ológrafo decaiga fuertemente. Siguiendo a Córdoba en su comentario al artículo 2339,<sup>790</sup>

esta postura contradice a quienes consideran que la declaración de los testigos para que reconozcan la firma y letra del testador constituía un medio práctico, simple, económico y eficaz de comprobar la autenticidad del documento, siendo una de las ventajas primordiales del testamento ológrafo, pues resulta verdaderamente costoso y complicado comprobar mediante pericia caligráfica la firma y letra de una persona fallecida.

<sup>789</sup> SILVA y GERINO, *op. cit.*

<sup>790</sup> LORENZETTI, *op. cit.* Tomo X, p. 618.

#### IV. El *testamentum per holographam scripturam*

Antes de abordar el origen y las características del *testamentum per holographam scripturam* del derecho romano, es válido mencionar la importancia que el testamento tenía tanto en el ámbito social como jurídico. Así lo afirma el catedrático Armando Torrent (1998)<sup>791</sup> cuando dice que:

(el testamento) en la conciencia antigua proyecta hacia el futuro la propia personalidad del causante instituyendo herederos, atribuyendo legados, designando usufructuarios, ordenando legados, sustituciones y fideicomisos, nombrando tutores, manumitiendo esclavos, reconociendo deudas, etc.; en definitiva, regulando la suerte de un patrimonio para después de la muerte de su titular. Es un acto de tanta importancia que Cicerón (Phil. 2, 32) llegó a decir que era el acto más grave en la vida de un ciudadano, poniendo el valor del testamento (dentro del derecho privado) en el mismo plano que la *lex* en el ámbito del derecho público. En todo caso era evidente la necesidad social para los romanos de hacer testamento hasta el punto que Quintiliano (Decl. 308) conecta el testamento con el *solacium mortis*, y para Plauto el hecho de vivir sin haber hecho testamento tenía que suponer una gravísima desazón para el ciudadano romano, si entendemos en ese sentido la maldición *intestatus vivo* (Curc. 622).

El testamento fue adquiriendo distintas formas a lo largo del desarrollo del derecho romano.

El testamento ológrafo, aquel escrito y firmado por el testador y sin testigos, apareció por primera vez en época postclásica en una Constitución del año 446 d. C. de los emperadores Valentiniano III y Teodosio II. También encontramos esta forma de testar en la Novela de Valentiniano III 21, 2.

Sánchez Collado<sup>792</sup> sostiene que, mayoritariamente, la doctrina coin-

<sup>791</sup> TORRENT, A. (1998). *Fundamentos romanísticos del Derecho Contemporáneo*. Tomo VIII. Derecho de las Sucesiones. Madrid: BOE, p. 883 y ss.

<sup>792</sup> SÁNCHEZ COLLADO, E. (2005). *Fundamentos romanísticos del Derecho Contemporáneo*. Tomo VIII. Derecho de las Sucesiones. Madrid: BOE, p. 1503 y ss.

cide en considerar que no existe ningún otro precedente legislativo o jurisprudencial de esta modalidad de testar y que la constitución que nos ocupa, representa la primera fuente jurídica, que menciona como verdadero testamento una declaración de última voluntad completamente autógrafa y sin testigos. Concluye la autora afirmando que en la constitución de Valentiniano se encuentra latente, en definitiva, el problema del testamento romano en el período postclásico, en el que se pretende superar el dualismo *ius civile-ius honorarium*.

La profesora Carmen López-Rendo Rodríguez (2005),<sup>793</sup> en su trabajo titulado “Algunas consideraciones sobre el testamento ológrafo. De Roma al Código Civil Español”, nos informa de qué se trata esta Novela:

La Constitución comienza poniendo de relieve que son conscientes los emperadores de la influencia e incentivo que tienen sus decisiones para originar leyes, siendo su deseo establecer una protección jurídica que beneficiará a todas las personas, sobre las bases de un incidente ocurrido recientemente.

El incidente acaecido que relata la novela de Valentiniano III trata de una ilustre mujer llamada *Micce*, quien deseaba nombrar heredera a la ilustre Pelagia, pero no tuvo la oportunidad de conseguir testigos, por lo que dio a conocer su voluntad de nombrarla heredera en su último testamento mediante un documento ológrafo. *Micce* deseaba mantener esta voluntad secreta hasta su muerte y por ello confió el documento con las indicaciones de su voluntad al respetable *Cesar*, tribuno y notario, hijo de su hermano, para que lo custodiara y ejecutara su voluntad, confiando que el honor que le atribuía su *status* de nacimiento y su respeto por las relaciones de parentesco le obligaría a respetar la *fides* que en él había depositado la mujer fallecida. Cesar cumplió el deseo de su tía. Respetuoso con la ley y con su propia conciencia, dio publicidad al documento que le había sido confiado para su custodia, con la misma sinceridad que lo había recibido. Cómo la ilustre heredera era ajena a la corrupción de la

---

<sup>793</sup> LLÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. (2005). *Algunas consideraciones sobre el testamento ológrafo. De Roma al Código Civil Español*. Tomo VIII. Derecho de las Sucesiones. Madrid: BOE, p. 1533 y ss.

codicia, no tomó nada de la sucesión, ni reclamó nada de los bienes de la herencia, manteniéndose en los límites de la moderación al consultar al emperador la decisión de última voluntad. Consecuentemente, no se consideró a sí misma heredera hasta que el emperador aprobara la justicia de su causa.

Los emperadores revisaron todas las circunstancias y decidieron corroborar la voluntad de la mujer difunta, de la que ella no consintió en dar ningún traslado excepto al hijo de su hermano a través del propio escrito de la causante; de esta forma la Ilustre Pelagia, por lo que se refiere a la herencia, en la que había sido nombrada heredera, obtendrá la posesión conforme a la voluntad de la mujer fallecida, es decir, el emperador confirma la validez de la última voluntad de la difunta manifestada por escrito y conservada en secreto sin el requisito de testigos.

A continuación, en Nov. Val. 21, 2, 1 el emperador establece la validez del testamento per *holografam*<sup>794</sup> *scripturam* como forma testamentaria general aplicable a todo el género humano y a tal fin decreta que, si cualquier persona prefiere establecer su última voluntad a través de escritura ológrafa, tendrá libre facultad de hacerlo.

El fundamento de esta decisión radica en el respeto absoluto que ha de concederse a la voluntad del testador para que ninguna persona muera intestada, así como en la dificultad en muchas ocasiones de garantizar el suficiente número de testigos que exigía la normativa vigente, reconociendo la razón que tienen las personas que se quejan de las leyes, si cuando se encuentran en peligro para sus vidas no se les permite escribir con sus propias manos las personas que desean nombrar por herederos.

En la novela ad *exemplum*, y sin que tengan carácter limitativo, se relatan los supuestos que acaecían en la realidad en aquella época en los que era difícil dar cumplimiento a la norma que exigía la presencia de testigos para la validez del testamento y entre ellos relata: 1) la necesidad de viajes; 2) las exigencias de sus casas en el campo; 3) los viajes emprendidos con esclavos como únicos compañeros; y 4) la enfermedad.

---

<sup>794</sup> Los diferentes autores consultados indican la grafía como *holographam* y *holografam*. Se ha respetado en cada caso la grafía utilizada por cada autor.

Todas estas circunstancias llevan a los emperadores a establecer normativamente que de aquí en adelante ninguna persona morirá intestada, si tuviera el deseo de hacer un testamento. Nosotros abrimos ampliamente el camino a la última voluntad: si se trata de testamentos ológrafos deberán ser realizados a mano, sin que consideren necesarios los testigos.

Fundamentan la eliminación de testigos como requisito necesario para la validez de los testamentos en que la persona mencionada en el escrito como heredero puede tomar la posesión de los bienes de la herencia, después de que haya probado la autenticidad de tal escrito, siendo suficiente que asegure la fiabilidad de las circunstancias, incluso sin testigos, a condición únicamente de que demuestre que las circunstancias se corresponden con las disposiciones de los antiguos emperadores así como con nuestras normas prescritas para ser observadas en los testamentos.

Igualmente dejan en claro en el párrafo 2° de esta novela que esa norma se aplicará para el supuesto de que el testador prescinda totalmente de testigos a la hora de realizar su testamento, puesto que si el testador opta por elegir la presencia de testigos, siempre deberá utilizar el número de testigos establecidos por la ley.

En el párrafo 3° del texto los emperadores declaran abolida la necesidad de la urgencia con la que hasta ahora se compela a los testadores en el marco excesivamente apresurado de un día para comenzar y finalizar su última voluntad.

Los emperadores generosamente garantizan a tales personas el derecho a tener el tiempo necesario para escribir la voluntad que han concebido en su mente en relación con sus propias cosas, pudiendo reconsiderarlo y enmendarlo frecuentemente, e incluso dedicarse durante muchos días a meditar sobre esta institución que es tan importante.

La autora concluye que esta novela

refleja la pérdida del rigorismo de la ordenación del testamento que se produce en época postclásica y el predominio de la voluntad del difunto frente a las rigideces formales, consagrando jurídicamente como forma privada ordinaria y

escrita de testar la realizada per *holografam scripturam* o per *holografam manum*, en la que no es necesario la intervención de testigos, junto a las otras formas de testamento escrito vigentes en esta etapa del derecho romano.

Las características esenciales del *testamentum per holographam scripturam* son:

1) Debe tratarse de un acto de última voluntad escrito, realizado por la propia mano del testador. Rige la libertad del testador para escribir el testamento en cualquier lengua y no se establece requisito sobre la materia en la que podía redactarse el testamento.

2) Contenido secreto. En el acto de otorgamiento solo interviene el causante y es el único que conoce su contenido hasta el momento de su apertura y publicación.

3) Ausencia de testigos. Esta ausencia se suplía con el requisito de la firma del testamento por el testador que se consideraba prueba suficiente de que había existido libertad en cuanto a la designación en él contenida.

4) Prueba de la autenticidad del testamento y cumplimiento del resto de las normativas vigentes establecidas en materia de testamentos.

La Nov. Val. 21, 2 no hace referencia a dos cuestiones de forma como son la firma del testador y la fecha del testamento.

Con respecto a la primera cuestión, López Rendo dice que al no haber referencia alguna a la *subscriptio* del testador tanto en la Novela como en la *interpretatio* se debe concluir que no era un requisito *ad substantiam*. Esto fue ratificado posteriormente por Justiniano en la Constitución del año 530 recogida en C. 6, 23, 28, compartiendo la tesis que se pronuncia por la no exigencia de *subscriptio* del testador.

En cuanto a la fecha, no es requisito para la eficacia del testamento, ni siquiera para el ológrafo, ya que se omite toda referencia a la fecha tanto en la Nov. Val. 21, 2 como en la *interpretatio*.

El testamento ológrafo que introduce Valentiniano III en la Nov. Val. 21, 2, fechada en Roma y dirigida a un funcionario de Occidente,

Albino II, prefecto del pretorio, parece ser que jamás entró en vigor en Oriente, destinándose exclusivamente a regir en la parte occidental del Imperio, sin que fuera recogida en la legislación justiniana como forma común de testar.

## V. Comparación entre testamento ológrafo del CCCN y el *testamentum holographam scripturarum*

Como hemos indicado, el testamento ológrafo es una de las dos formas de testar que contempla el CCCN, y esta forma también estaba contemplada en el Código velezano.

El *testamentum per holographam scripturam* surgió como una decisión para un caso especial en época postclásica y posteriormente a la resolución, el emperador decidió convertirlo en una forma general que se podía dar cuando no hubiere testigos, pero las otras formas testamentarias conocidas siguieron vigentes.

En ambos casos el testamento debe ser redactado de puño y letra del testador, en cualquier idioma y sobre cualquier materia. Tampoco es necesario confeccionarlo en un solo momento.

En cambio, no es requisito esencial en el *testamentum holographam scripturam* ni la fecha ni la firma del testador. En el CCCN la firma es indispensable, y con respecto a la fecha de confección, según lo dispuesto en el artículo 2477, 2º párrafo, y del análisis del caso presentado, no sería esencial si contiene enunciaciones o elementos materiales que permitan establecerla de una manera cierta.

## V. Conclusiones

Del análisis de los fallos mencionados y de la legislación en cuestión, podemos concluir que no existe una solución única que aplique a todos los casos. La justicia o injusticia de cada resolución deberá considerarse

en el caso concreto, dando prioridad en todo momento a la interpretación de la verdadera voluntad del causante toda vez que el juez no puede, ni debe, a través de su resolución afectar esa última voluntad. La solución justa lo será para el caso concreto, por lo que no se deben generalizar las conclusiones que surgen del análisis del fallo considerado en este trabajo.

Con respecto al *testamentum holographam scripturam* romano, el reconocimiento de esta forma testamentaria, tan sumamente desprovista de formalidades, parece ser el resultado de la progresiva aplicación del principio del *favor testamenti*, que se reflejaría en la época postclásica en una reestructuración de los testamentos ordinarios y de los especiales o privilegiados, permitiéndose en ocasiones, respecto de estos últimos, una atenuación o simplificación de las formas testamentarias comunes.<sup>795</sup>

## Bibliografía consultada

- AZPIRI, J. (2019). *Derecho Sucesorio*. Buenos Aires: Hammurabi.
- CAMELO, G., HERRERA, M. y PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo VI. Buenos Aires: In-fojus.
- F. M. L. s/Sucesión Ab-Intestato. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul (Buenos Aires) Sala I. 28/10/2021. TR LALEY AR/JUR/170076/2021.
- I. H. D. s/sucesión ab intestato. 13/05/2021. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala I. TR LALEY AR/JUR/32965/2021.

---

<sup>795</sup> SÁNCHEZ COLLADO, *op. cit.*, p. 1503 ss.

- LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. (2005). *Algunas consideraciones sobre el testamento ológrafo. De Roma al Código Civil Español*. Tomo VIII. Derecho de las Sucesiones. Madrid.
- LORENZETTI, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo X y XI. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- MOORE, F. (2022). “Testamento Ológrafo. Declaran la validez de una nota suicida sin fecha”. En *La Ley*, 15/02/2022. TR LALEY AR/DOC/514/2022.
- SÁNCHEZ COLLADO, E. (2005). *Fundamentos romanísticos del Derecho Contemporáneo*. Tomo VIII. Derecho de las Sucesiones. Madrid: BOE.
- SILVA, C. y GERINO, R. (2017). “La regulación del testamento ológrafo en el CCCN y su incidencia en el CPCCN”. En *La Ley*, 17/10/2017, TR LALEY AR/DOC/2125/2017. Thomson Reuters.
- TORRENT, A. (1998). *Fundamentos romanísticos del Derecho Contemporáneo*. Tomo VIII. Derecho de las Sucesiones. Madrid: BOE.

# El beneficio de inventario: un límite a la responsabilidad ultra vires. Su origen en el derecho romano. Evolución y recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina<sup>796</sup>

---

Por Mariana Verónica Sconda<sup>797</sup>

**Sumario:** I. Introducción; II. La responsabilidad del heredero y el beneficio de inventario en el derecho romano: origen y evolución; III. Recepción en el derecho intermedio: las Siete Partidas; IV. Recepción del beneficio de inventario y la responsabilidad del heredero en el dero-

---

<sup>796</sup> Este trabajo se encuentra enmarcado dentro del proyecto de investigación titulado “Una mirada romanista a los libros Quinto y Sexto del Código Civil y Comercial de la Nación”, con sede en la Facultad de Derecho de UFLO Universidad y dirigido por la Prof. Mirta Beatriz Álvarez.

<sup>797</sup> 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.

gado Código Civil de Vélez Sarsfield y la reforma efectuada por la Ley 17.711; V. La responsabilidad del heredero y el beneficio de inventario en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; VI. Conclusiones; VII. Bibliografía consultada

**Palabras clave:** sucesión; *hereditas*; heredero; responsabilidad *ultra vires e intra vires*; beneficio de inventario

## I. Introducción

Este trabajo plantea como objeto de investigación el beneficio de inventario como límite a la responsabilidad *ultra vires* del heredero. Analizaremos el origen y desarrollo de esta institución en el derecho romano.

Abordaremos su evolución a través del derecho intermedio, su recepción en el derogado Código Civil de Vélez Sarsfield y cómo se encuentra legislado actualmente en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

## II. La responsabilidad del heredero y el beneficio de inventario en el derecho romano: origen y evolución

En Roma, en la etapa del derecho arcaico la sucesión hereditaria estuvo estrechamente ligada a la familia agnaticia, por lo que ésta servía para designar el patrimonio familiar que se transmitía por herencia. No se debe considerar a la *hereditas* solamente desde el punto de vista económico, en especial en los primeros tiempos. Los términos familia, *patrimonium*, *successio in ius* y *hereditas* están conectados entre sí, por lo tanto resulta imposible explicarlos de manera aislada, ya que cada uno de ellos está en función de los otros. Se debe partir de la

idea de la familia *perenne* (la de ayer, la de hoy y la del mañana) y de la correspondencia que ésta tenía con la religión.<sup>798</sup>

El vocablo suceder significa ocupar el lugar que anteriormente tenía una persona. El fenómeno sucesorio aparece definido en D. 50, 16, 24 y en D. 50, 17, 62, donde ambos pasajes expresan que “la herencia no es otra cosa sino la sucesión en la totalidad de los derechos que tuvo el difunto”. Estas definiciones de dos juristas de época clásica, Gayo y Juliano, demuestran que se concebía a la *hereditas* una sucesión hereditaria conforme al *ius civile*. Por lo tanto, cuando el heredero adquiría o aceptaba la herencia, éste se colocaba en la misma posición jurídica del causante (*in locum et in ius succedere*, D. 2, 13, 9, 1; D. 8, 4, 13, pr), aceptando el activo y el pasivo, es decir, todos los derechos, las obligaciones, los bienes y las deudas.<sup>799</sup>

---

<sup>798</sup> DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires: Depalma, pp. 345 y ss. “Resulta claro en Cicerón (*de leg.* 2.19-20): “La religión prescribe que los bienes y el culto de cada familia sean inseparables, y que el cuidado de los sacrificios sea siempre dado a aquel a quien corresponda la herencia. Debido a esto, en la Roma primitiva lo relativo a la herencia aparece como un capítulo del derecho de familia. Muerto el *pater*, la familia se desintegraba en tantas unidades familiares como herederos *sui iuris agnados* haya en el momento de su muerte. Sin embargo, primitivamente, los bienes se mantenían de forma indivisa, formando una comunidad (*erctum non cito*; Inst. Gayo 3. 154a). En ella era probable que uno de los herederos condujera la administración del patrimonio, conservando la religión familiar de la *sacra privata*”; ARANGIO RUIZ, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por J. M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, pp. 573 y ss; REIMUNDO YANES, B. (1998). “Nociones básicas introductorias” En *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*. Tomo VIII: Derecho de Sucesiones. Ourense: BOE, pp. 4 y ss. Disponible en: [https://boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/anuario.php?id=R\\_FUNDAMENTOS\\_ROMAN%C3%8DSTICOS\\_DEL\\_DERECHO\\_CONTEMPOR%C3%81NEO&tipo=R&modo=2](https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=R_FUNDAMENTOS_ROMAN%C3%8DSTICOS_DEL_DERECHO_CONTEMPOR%C3%81NEO&tipo=R&modo=2); BONFANTE, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus, pp. 554 y ss; COSTA, E. (1925). *Storia del diritto romano privato: dalle origini alle compilazioni giustinianee*. Torino: Fratelli Bocca, p. 469; BIONDI, B. (1946). *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, p. 477; GINOT LLOBATERAS, F. (1950). “La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en el derecho común y floral”. En *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 3, Nº 4, Universidad de La Rioja, España, Ed. Dialnet, pp. 1058 y ss; BIDAU, J. (1969). “Límite a la responsabilidad del heredero” En *Revista Lecciones y Ensayos*, Nº 40-41, Facultad de Derecho de la UBA, Ed. Departamento de Publicaciones, pp. 71 y ss.

<sup>799</sup> FUENTESECA DEGENEFF, M. (1998). “La problemática de la noción de hereditas” En *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*. Tomo VIII: Derecho de Sucesiones.

El heredero sucedía a título universal al causante en todas las relaciones privadas que tenía, siempre que éstas fueran transmisibles (si el de *cuius* era acreedor de un crédito, o propietario de un fundo, ahora lo será el *heres*). En cambio, ciertas situaciones resultaban intrasmisibles ya que no recaían en el heredero, éstas eran las acciones penales por delitos, o el contrato de sociedad o de mandato, los derechos de usufructo, de uso y de habitación, ni determinadas relaciones familiares como la paternidad o la *manus*. Es necesario aclarar que respecto a las situaciones de hecho como la posesión, no pasaba al heredero, ya que era necesaria una nueva aprehensión y manifestación del *animus possidendi* por parte de éste para ser considerado poseedor, si bien a los efectos de la *usucapio* podía sumar el tiempo de la posesión del causante al suyo propio (*successio possessionis*).<sup>800</sup>

---

Ourense: BOE, pp. 35 y ss. Disponible en: [https://boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/anuario.php?id=R\\_FUNDAMENTOS\\_ROMAN%C3%8DSTICOS\\_DEL\\_DERECHO\\_CONTEMPOR%C3%81NEO&tipo=R&modo=2](https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=R_FUNDAMENTOS_ROMAN%C3%8DSTICOS_DEL_DERECHO_CONTEMPOR%C3%81NEO&tipo=R&modo=2). “*Successio in universum ius* se refiere al hecho sucesorio por el cual una o varias personas suceden al difunto en la totalidad de los derechos de éste (*universum ius defuncti*)”; DI PIETRO, Derecho, *op. cit.*, pp. 345 y ss. “Gayo en Institutas II.18 y ss, cuando habla de la adquisición de cosas distingue la adquisición de las cosas particulares y la adquisición de toda una universalidad (Inst. Gayo II. 97-98). Pero solo en este último habla de *successio* (Inst. Gayo II. 157- III. 77- III. 82). La sucesión universal puede ocurrir por actos *inter vivos* o *mortis causa*, aun cuando Gayo no emplea esta terminología. La sucesión universal *mortis causa* es primordialmente la herencia (*hereditas*)”; DI PIETRO, A. (1967). *Institutas. Texto Traducido y con Notas del autor*. 1ª edición. La Plata: Librería Jurídica, pp. 88, 118, 141, 202 y ss y 205; BONFANTE, *op. cit.*, pp. 548 y ss; REIMUNDO YANES, *op. cit.*, p. 10 y ss; ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, pp. 40 y ss; ROMAGUERA EDO, M. (2017). “*Los fundamentos romanísticos del concurso de la herencia*”. En *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*. Tomo VIII: Derecho de Sucesiones. Barcelona: BOE, p. 2839. Disponible en: [https://boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/anuario.php?id=R\\_FUNDAMENTOS\\_ROMAN%C3%8DSTICOS\\_DEL\\_DERECHO\\_CONTEMPOR%C3%81NEO&tipo=R&modo=2](https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=R_FUNDAMENTOS_ROMAN%C3%8DSTICOS_DEL_DERECHO_CONTEMPOR%C3%81NEO&tipo=R&modo=2); OBARRIO MORENO, J. (2005). “*La rúbrica beneficium inventarii in la communis opinio doctorum*”. En *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*. Tomo VIII: Derecho de Sucesiones. Coimbra: BOE, p. 2670 y ss. Disponible en: [https://boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/anuario.php?id=R\\_FUNDAMENTOS\\_ROMAN%C3%8DSTICOS\\_DEL\\_DERECHO\\_CONTEMPOR%C3%81NEO&tipo=R&modo=2](https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=R_FUNDAMENTOS_ROMAN%C3%8DSTICOS_DEL_DERECHO_CONTEMPOR%C3%81NEO&tipo=R&modo=2).

<sup>800</sup> REIMUNDO YANES, *op. cit.*, pp. 13 y ss; DI PIETRO, Derecho, *op. cit.*, p. 347; BONFANTE, *op. cit.*, pp. 557 y ss; ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

Por consiguiente, desde que se adquiere la herencia, ya sea *ipso iure*, en el caso de los herederos suyos y necesarios, o a partir de la aceptación de la misma por parte de los herederos extraños o voluntarios, trae como consecuencia la confusión de patrimonios del causante y del heredero, y a su vez, la responsabilidad *ultra vires hereditatis* (“responder más allá de la cuantía de la herencia”), por lo cual el *heres* debe responder por las deudas hereditarias no solamente con los bienes activos de la herencia, sino que en caso de ser éstos insuficientes tendrá que responder con sus propios bienes (D. 37, 1, 3, pr). Este principio de la etapa del derecho clásico provocaba un perjuicio para el heredero cuando la herencia era dañosa (*hereditas damnosa*), es decir, que las deudas superaban al activo hereditario (D. 50, 16, 119; D. 17, 1, 32; D. 23, 2, 57, 1).<sup>801</sup> Pero también provocaba un daño a los acreedores del causante, que tenían la expectativa de cobrar sus créditos generados de negocios realizados con una persona solvente, que dejó una herencia con bienes suficientes, y sus esperanzas de cobro podían verse frustradas si el heredero contaba con un patrimonio cargado de deudas, ya que todo iba a formar una sola masa con los acreedores de ese heredero.<sup>802</sup>

---

<sup>801</sup> OBARRIO MORENO, op. cit., pp. 2670 y ss. “Para la jurisprudencia clásica, el hecho de que el heredero sucediera in ius al difunto daba lugar a que éste se viera obligado a asumir, no solo los activos patrimoniales, sino las cargas, esto es, el *incommodum*, la herencia *damnosa*, toda vez que ésta constituía una unidad jurídica, un *nomen iuris*, una sucesión universal”; PONSA DE LA VEGA DE MIGUENS, N. (1969). “La aceptación de herencia con beneficio de inventario en Roma y en la reforma última al Código Civil Argentino”. En *Revista Anales de la Universidad del Salvador*, N° 5, Buenos Aires, Ed. USAL, pp. 111 y ss. Disponible en: <https://racimo.usal.edu.ar/3776/>; DI PIETRO, *Derecho*, op. cit., pp. 347, 383 y ss, 387 y ss; ARANGIO RUIZ, op. cit., pp. 630 y ss; BONFANTE, op. cit., pp. 557 y ss; ROMAGUERA EDO, op. cit., p. 2840. “Por la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, el heredero responde no solamente de sus propias deudas, sino también de las del causante, con su propio patrimonio, porque se ha producido la confusión de la que hablaba anteriormente. Esta responsabilidad planteaba problemas básicamente con la *hereditas damnosa* o lo que diríamos hoy, una herencia envenenada, susceptible de ser concursada en la cual su inventario tenga más pasivo que activo y, por tanto, insolvente”.

<sup>802</sup> ROCA SASTRE, R. (1960). “El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria.” En *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 13, N° 4, Universidad de La Rioja, España, Ed. Dialnet, pp. 1117 y ss. “El beneficio de separación de patrimonios surgió en Roma por el hecho de fallecer un deudor y aceptar su herencia pura y simplemente algún heredero cargado de

Inicialmente, existían diferentes remedios procesales otorgados por el pretor para liberarse de la responsabilidad por deudas frente a una *hereditas damnosa*. Los mismos variaban dependiendo de la clase de heredero que uno revestía. El beneficio de separación (*beneficium separationis*), como modalidad de la separación de bienes, era concedido a los esclavos que eran herederos necesarios, ya que habían sido instituidos herederos y al mismo tiempo se les otorgaba la libertad (Inst. Gayo II. 153, 154, 155; I. 2, 19, 1). Este beneficio tenía la finalidad de que no tuvieran que responder frente a los acreedores siempre que no se hubiesen inmiscuido en el patrimonio hereditario.<sup>803</sup> En cambio, si se trataba de un heredero doméstico, es decir un *heredes sui*, hacían uso del *ius abstinendi* (abstenerse de la herencia), esto sig-

---

deudas, pudiera redundar en perjuicio de los acreedores del causante la concurrencia sobre la misma herencia de los acreedores personales del heredero por efecto de la confusión patrimonial operada. Después, esta medida se extendió a los legatarios"; ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, pp. 624 y 631; DI PIETRO, Derecho, *op. cit.*, pp. 347 y 389 y ss; BONFANTE, *op. cit.*, pp. 579 y ss; GARCÍA RAMÍREZ, J. (1971). *De los beneficios de inventario y de separación de patrimonio*. Tesis doctoral. Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, pp. 124 y ss. Disponible en: <https://ri.ues.edu.sv/id/eprint/26401/1/10112387%20optimizado.pdf>; DOMÍNGUEZ, P. (2011). "Una reflexión sobre la impronta romana del beneficio de separación de patrimonios en el Código Civil de Cataluña". En *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano*, Nº 7, Madrid, pp. 206 y ss. Disponible en: <http://www.ridrom.uclm.es>. "La *separatio bonorum* fue un remedio introducido por el pretor, basado en el principio de equidad (D. 42, 6, 6, 1), a favor de los acreedores del causante y posibles legatarios, que consiste en el beneficio que, en caso de venta de los bienes del heredero-deudor, se concede a aquellos con el fin que puedan separar y reservar para sí el patrimonio hereditario, evitando, de este modo, que a su venta puedan concurrir los acreedores del heredero y manteniendo así intacta la garantía patrimonial que dicho patrimonio suponía"; FADDA, C. (1900). *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano. Prima parte*. Napoli: Luigi Piirro, p. 355 y ss.

<sup>803</sup> PONS DE LA VEGA DE MIGUENS, "La aceptación", *op. cit.*, pp. 111 y ss; DI PIETRO, Institutas, *op. cit.*, pp. 140 y ss; DI PIETRO, Derecho, *op. cit.*, pp. 347 y 383. "El pretor le concedió al heredero necesario la ventaja de conservar los bienes adquiridos por éste después de la muerte de su anterior dueño, ahora patrono. Estos bienes no entraban en el cómputo de la *bonorum venditio*, aun cuando no se alcanzaba a pagar todas las deudas hereditarias (Inst. Gayo II. 155, I. 2, 19, 1). Por lo que se trataba de un caso de separación de patrimonios, por lo que los acreedores solo podían cobrarse con los bienes del patrimonio del testador, pero el resto de los bienes, que eran propios del liberto, debían ser separados y no responden de las deudas del de *cuius* (D. 42, 6, 1, 18)". ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 1117 y ss; ROMAGUERA EDO, *op. cit.*, pp. 2840; DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 206 y ss.

nificaba que no debían realizar ningún acto de administración de los bienes hereditarios (Inst. Gayo II. 158, 160, 163; I. 2, 19, 2; D. 29, 2, 57, pr; D. 28, 5, 86, 1; D. 29, 2, 71, 4; D. 29, 2, 12).<sup>804</sup> Si se trataba de herederos voluntarios o extraños, en caso de no convenirle la herencia, podían no aceptarla o repudiarla, además de tener un tiempo para reflexionar (*spatium deliberandi*) (Inst. Gayo II. 164, 167; Reglas de Ulp. 22. 25 y 22. 27; I. 2, 19, 7). Estos herederos podían llegar a un acuerdo con los acreedores estableciendo que aceptaban la herencia pero realizando un pacto de reducción proporcional de las deudas (*pactum ut minus solvatur*: D. 2, 14, 7, 17; D. 2, 14), o les exigía a los acreedores que le debían dar un mandato para aceptar la herencia (*aditio mandatu creditorum*). Así, el heredero se protegía, ya que como mandatario poseía la *actio mandati contraria* para reclamar contra los perjuicios que podía sufrir por la responsabilidad de las deudas del testador (D. 17, 1, 32).<sup>805</sup>

---

<sup>804</sup> ROMAGUERA EDO, *op. cit.*, p. 2844; PONSÁ DE LA VEGA DE MIGUENS, “La aceptación”, *op. cit.*, pp. 114 y ss. “El *ius abstinendi* fue consecuencia de la aplicación rígida de las normas del *ius civile*, dado que no admitía que los herederos suyos y necesarios rechazaran la herencia y no gozaban de la *creatio*, ni del *spatium deliberandi*, que les era otorgado a los herederos extraños, esto indujo al derecho pretoriano a buscar una solución para proteger a los herederos suyos y necesarios, es así como surge este remedio a fines de las *Respublica*, por lo cual el *suu* que se abstiene de inmiscuirse en el patrimonio hereditario, no responde por las deudas del causante. Queda de esta manera en la situación de heredero renunciante, pero conserva nominalmente el título de heredero (*nudum nomen*), es decir el nombre de tal, pero vacío de contenido; no obtiene ventajas, ni soporta cargas de índole patrimonial. En estos casos el pretor solía atribuir la herencia a los coherederos, a los sustitutos, y a falta de todos ellos, se vendía el acervo hereditario a los acreedores”; DI PIETRO, A., *Derecho, op. cit.*, pp. 347, 384 y ss. “El *ius abstinendi* no debía ser pedido al pretor. Los *sui heredes* lo adquirirían simplemente por no *inmiscuirse* en la herencia paterna (D. 29, 2, 12) y de este modo evitaban la eventual *venditio bonorum* a su nombre, realizándose ésta a nombre del difunto (Inst. Gayo III. 78; D. 42, 5, 28). Si los acreedores iniciaban la *venditio bonorum* contra el heredero que se había abstenido, el pretor lo protegía mediante una *denegatio actionis*”; ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, p. 623; BONFANTE, *op. cit.* pp. 578 y ss.

<sup>805</sup> DI PIETRO, *Institutas, op. cit.*, pp. 143 y ss; PONSÁ DE LA VEGA DE MIGUENS, N. (1970). *Reglas de Ulpiano. Traducción, concordancia con otros textos clásicos y nota preliminar*. Buenos Aires: Lerner, pp. 122 y ss; PONSÁ DE LA VEGA DE MIGUENS, *La aceptación, op. cit.*, pp. 114 y ss; DI PIETRO, *Derecho, op. cit.*, pp. 347, 389 y ss. OBARRIO MORENO, *op. cit.*, pp. 2671 y ss; ROMAGUERA EDO, *op. cit.*, p. 2843.

En ciertos casos graves, se podía solicitar del pretor la *in integrum restitutio*. Este remedio procesal era generalmente concedido en favor de los menores de veinticinco años como solución a la confusión hereditaria. Fue otorgado por el emperador Adriano como una excepción a favor de los mayores de veinticinco años que hubiesen aceptado una herencia dañosa (Inst. Gayo II. 163). Posteriormente, el emperador Gordiano lo extendió a los militares “toda vez que éstos, conocían mejor las armas que las leyes” (C. 6, 30, 22, pr; I. 2, 19, 6).<sup>806</sup>

Algunos doctrinarios romanistas consideran que este conjunto de medidas deben verse como claros precedentes de la institución del beneficio de inventario (*beneficium inventarii*). Pero fue en el año 531 d. C. que, a través de una Constitución imperial, Justiniano creó el beneficio de inventario para todos los herederos, por lo tanto aquellos que aceptaban la herencia con dicho beneficio y lo confeccionaban según las formalidades exigidas, les permitía limitar su responsabilidad al monto de los bienes hereditarios. Este es el principio de la responsabilidad *intra vires hereditatis* (dentro de la cuantía de la herencia, C. 6, 30, 22).<sup>807</sup>

Para poder tener este beneficio, se debía realizar el inventario respetando el siguiente procedimiento solemne establecido: a) Si el heredero se encontraba presente en el lugar donde se hallaban los bienes, se le concedía para su elaboración un período de 30 días, ya fuere desde la apertura del testamento, del conocimiento de la misma o desde

---

<sup>806</sup> OBARRIO MORENO, *op. cit.*, pp. 2671 y ss; GARCÍA RAMÍREZ, *op. cit.*, pp. 29 y ss. “Este remedio concedido por el emperador Adriano, si bien se considera como ventajoso para el heredero voluntario, no se lo acepta como un antecedente remoto del beneficio de inventario, pues en realidad lo que producía no era más que borrar los efectos jurídicos de la aceptación, ya que las cosas volvían al estado anterior por lo que los acreedores hereditarios se pagaban con el producto de la venta de los bienes de la herencia; venta que se hacía a nombre del difunto, con la consecuente infamia para su memoria”; ROMAGUERA EDO, *op. cit.*, p. 2844; PONS DE LA VEGA DE MIGUENS, “La aceptación”, *op. cit.*, pp. 114 y ss; BONFANTE, *op. cit.*, pp. 580 y ss; DI PIETRO, *Institutas, op. cit.*, pp. 143 y ss.

<sup>807</sup> ROMAGUERA EDO, *op. cit.*, p. 2844; OBARRIO MORENO, *op. cit.*, p. 2673 y ss; GARCÍA RAMÍREZ, *op. cit.*, pp. 30 y ss; PONS DE LA VEGA DE MIGUENS, “La aceptación”, *op. cit.*, pp. 114 y ss; DI PIETRO, *Derecho, op. cit.*, pp. 347 y 390; ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, p. 631; BONFANTE, *op. cit.*, pp. 581 y ss.

que hubiera sabido que se le había deferido *ab intestato* la herencia, y debía realizarlo en presencia de un *tabularius* (escribano), teniendo un plazo máximo de 60 días para su finalización; b) Este período se ampliaba a un año desde la muerte del testador, si el heredero estaba ausente de los lugares en que estaban los bienes hereditarios o la mayor parte de éstos, por lo que se le permitía al heredero a realizarlo por sí mismo o a través de *instructos procuratores* (C. 6, 30, 22, 3); c) Debía ser hecho en presencia de los legatarios, fideicomisarios y acreedores, o si ellos estaban ausentes, en presencia de tres testigos que poseían bienes y residían en el mismo lugar; d) El heredero tenía que firmar (*suscriptio*) el inventario, declarando que no había tomado ningún bien de la sucesión y que se había realizado el inventario en plena regla. Si se probaba lo contrario, se lo condenaba a devolver el duplo (C. 6, 30, 22, 2 y 10).<sup>808</sup>

Durante la realización del inventario, los acreedores, legatarios y fideicomisarios no podían molestar al heredero, no le podían exigir en ese intervalo de tiempo el pago de sus créditos o el cumplimiento de los legados y fideicomisos. Por lo tanto, permanecían en suspenso todas las acciones frente al heredero, sin posibilidad de citarlo a juicio. Esta interrupción de acciones no afectaba al heredero y éste podía reclamar el pago de los créditos a favor de la herencia, por lo tanto es-

---

<sup>808</sup> OBARRIO MORENO, *op. cit.* pp. 2674 y ss. “Esta presunción de veracidad, que se deriva el conjunto de garantías con el que se lleva a cabo la confección del inventario, puede verse cuestionada por los acreedores, legatarios y fideicomisarios, a quienes se les concede la posibilidad, si albergan dudas sobre la cuantía de los bienes hereditarios, de probar su ocultación, sustracción o desplazamiento mediante los medios legales que consideren oportunos, con el fin de que, una vez averiguada toda la verdad, el heredero no experimente lucro o daño alguno por causa de la herencia (C. 6, 30, 22, 10 y 11)”; DI PIETRO, *Derecho, op. cit.*, p. 390; DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. (2005) “*Constitutio Scimus*: El heredero después de la confección del inventario.” En el *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 9, La Coruña, Ed. de la Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, pp. 231 y ss. ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, pp. 631 y ss; BONFANTE, *op. cit.*, p. 581; PONS DE LA VEGA DE MIGUENS, “La aceptación”, *op. cit.*, p. 116; DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. (2002). “*Constitutio Scimus*: Efectos Jurídicos durante la confección del Inventarium.” En *Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge*. Volumen I. Salamanca: AIDROM, pp. 324 y ss.

taba protegido. De aquí se desprende, por causa de una justa reciprocidad, que durante el plazo de confección del inventario no corrían en contra de los acreedores los plazos de prescripción de sus acciones.<sup>809</sup>

Esta institución deparó innumerables beneficios para el heredero, entre ellos podemos mencionar: 1) Conservar los créditos que tenía contra el caudal hereditario, así como las posibles deducciones por los gastos funerarios, por la realización del inventario o por causas relativas a la herencia (C. 6, 30, 22, 9); 2) Su responsabilidad como administrador de los bienes hereditarios se limitaba al cumplimiento de los pagos, para lo que debía de atenerse exclusivamente al orden en que éstos se presentaban, y una vez efectuado el pago, ya fuere éste con los bienes hereditarios o con el beneficio de su venta, se extinguía toda la responsabilidad del heredero (C. 6, 30, 22, 4 y 5). Es decir, una vez que se cumplía con las formalidades prescritas, entre el *inventarium* y la responsabilidad *intra vires hereditatis* se configuraba, una natural y lógica correspondencia, lo que evitaba la confusión del patrimonio del difunto con la del heredero y la responsabilidad de éste más allá del caudal relicto.<sup>810</sup>

La Constitución imperial justiniana que instituyó el beneficio de inventario establecía un orden de los pagos impuesto al heredero beneficiado, que se encontraba amparado por un sistema de acciones

---

<sup>809</sup> DOMÍNGUEZ TRISTÁN, “*Constitutio Scimus: Efectos Jurídicos*”, *op. cit.*, pp. 329 y ss. “Tampoco durante ese lapso de tiempo no se podían iniciar acciones hipotecarias contra el heredero para reclamar los bienes relictos que estaban gravados con un derecho de hipoteca, suspendiéndose de este modo la ejecución de la misma”; BONFANTE, *op. cit.*, pp. 581 y ss; ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, pp. 632 y ss; OBARRIO MORENO, *op. cit.*, pp. 2674 y ss; PONS DE LA VEGA DE MIGUENS, “La aceptación”, *op. cit.*, pp. 116 y ss.

<sup>810</sup> VOICI, P. (1960). *Diritto ereditario romano*. Volumen I. Milano: Giuffrè, p. 685; OBARRIO MORENO, *op. cit.*, pp. 2677 y ss; FADDA, C. (1949). *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano. Seconda parte*, Milano: Giuffrè, pp. 415 y ss; BONFANTE, *op. cit.*, pp. 581 y ss; ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, pp. 632 y ss; DOMÍNGUEZ TRISTÁN, “*Constitutio Scimus: El heredero*”, *op. cit.*, pp. 212 y ss. “El efecto más importante que deriva de C. 6, 30, 22, 9 para el heredero beneficiado, es que a la hora de determinar el activo hereditario tiene derecho a deducir, en primer término, los gastos de funeral del causante; de insinuación del testamento; de confección del inventario y todos los otros realizados que fuesen necesarios para la herencia”; PONS DE LA VEGA DE MIGUENS, “*La aceptación*”, *op. cit.*, p. 116 y ss.

con el que salvaguardar los intereses de los acreedores. Disponía que, en el supuesto de concurso, los acreedores tenían que respetar la prerrogativa de las fechas, y dentro de éstos, se reconocía la preferencia de los acreedores hipotecarios sobre los quirógrafos, y la de los acreedores sobre los legatarios (C. 6, 30, 22, 5, 6, 8 y 9). Por último, el heredero no solo no perdía sus bienes personales, sino que conservaba además el derecho concedido por la lex Falcidia de disminuir los legados a fin de conseguir un cuarto de la herencia (C. 6, 30, 22, 4, 11, 12 y 14; Nov. 1, 2, 1-2).<sup>811</sup>

Debemos aclarar que en caso de no realizarse el inventario en el término estipulado, o si se había solicitado el *spatium deliberandi*, la herencia quedaba sujeta a las reglas generales del *ius civile* anterior, por lo que el heredero debía responder en forma plena (*ultra vires hereditatis*).<sup>812</sup>

### III. Recepción en el derecho intermedio: las Siete Partidas

Las Partidas consagraron el principio romano de la responsabilidad ilimitada del heredero por las deudas de la herencia, cuando no se aceptaba con beneficio de inventario. Es así como en la Partida 6, “Que

---

<sup>811</sup> OBARRIO MORENO, *op. cit.*, pp. 2678 y ss; BONFANTE, *op. cit.*, pp. 581 y ss; ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, pp. 632 y ss; DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. (2005). “El heredero a beneficio de inventario: orden y modos de pago a acreedores, legatarios y fideicomisarios.” En *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*. Tomo VIII: Derecho de Sucesiones. Coimbra: BOE, pp. 2654 y ss. Disponible en: [https://boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/anuario.php?id=R\\_FUNDAMENTOS\\_ROMAN%C3%8DSTICOS\\_DEL\\_DERECHO\\_CONTEMPOR%C3%81NEO&tipo=R&modo=2](https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=R_FUNDAMENTOS_ROMAN%C3%8DSTICOS_DEL_DERECHO_CONTEMPOR%C3%81NEO&tipo=R&modo=2); DOMÍNGUEZ TRISTÁN, “*Constitutio Scimus: El heredero*,” *op. cit.*, pp. 217 y ss. “Algunos autores mantienen que en Derecho romano justinianeo solo el heredero que confecciona el inventario puede retener la cuarta falcidia basándose en C. 6, 30, 22, 4; 12 y 14” PONS DE LA VEGA DE MIGUENS, “La aceptación,” *op. cit.*, p. 117; GINOT LLOBATERAS, *op. cit.*, pp. 1082 y ss.

<sup>812</sup> DI PIETRO, *Derecho, op. cit.* p. 391; BONFANTE, *op. cit.*, p. 581; ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, pp. 631 y ss; PONS DE LA VEGA DE MIGUENS, “La aceptación,” pp. 116 y ss.

fabla de los testamentos, e de las herencias”, en el Título 6, “De como los herederos pueden auer plazo, para aconsejarse, si tomaran aquel heredamiento, en que fueron establecidos herederos o non; e como se deue fazer el inuentario...”, en la Ley 10 se disponía:

Si el heredero de que ouiere entrado la heredad del testador, non fiziere el inuentario, fasta aquel tiempo, que de suso diximos: dende adelante fincan obligados tambien los sus bienes, que ouieren de otra parte, como los que ouo del testador, para pagar complidamente las debdas e mandas del fazedor del testamento e non puede retener, nin sacar para si la su quarta parte de los bienes del testador, de las mandas; ante las deue pagar enteramente, pues que non fizo el inuentario a la sazón que deuia.<sup>813</sup>

En la Ley 5, de la misma Partida 6 y mismo título, se establecía el concepto de inventario y la forma en que se debía llevar a cabo:

Inventario en latin, tanto quiere dezir en romance, como escritura que es fecha de los bienes del finado. E fazen los herederos tal escritura como esta, porque despues no sean tenudos de pagar las debdas de aquelque heredaron, fueras ende en tanta quantia, quanto montaren los bienes que heredan del finado. E deuen començar a fazer este inuentario a treynta días des que sopieran, que son herederos del finado, e hanlo acabar fasta tres meses. Pero si todos los bienes de la herencia non fuessen en un lugar, entonce bien les pueden dar plazo de un año, demas de los tres meses, para reconoscerlos, e meterlos en escrito. E la manera de como deue ser fecha la escritura de tal inuentario es esta; que se deue escreuir por mano de algund escriuano publico, e deuen ser llamados todos aquellos, a quien mando el testador alguna cosa en su testamento, que esten presente, quando fizieren tal escrito. E si por auentura alguno de aquellos, que han de auer mandas, fuesse, a otra parte, o fuere en el lugar, e non quisiere venir, quando le llamaren, entonce deuese fazer tal escrito, ante tres testigos, que sean omes de buena fama, e atales que conozcan a los herederos. E en comienço de la carta, deue el herederofazer señal de la cruz, e dessi a de començar el escriuano a escreuir deziendo assi: En el nombre de Dios, padre, e fijo, e

---

<sup>813</sup> MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1885). *Códigos Antiguos de España*. Tomo I. Madrid: Administración Arco de Santa María, p. 588; GARCÍA RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 31.

spiritu santo; e dessi e dessi escreuir, e poner en el inuentario todos los bienes de la herencia. E en la fin de tal carta deue escreuir el heredero de su mano, que todos los bienes del testador, son escritos en este inuentario lealmente, e que non fizo ningún engaño. E si por auentura el non sopiere escreuir, deue rogar a alguno de los escriuano publicos, que lo escriuen en su logar, ante dos testigos.

Además la Partida 3, “Que fabla de la iusticia, e como se ha de facer ordenadamente en cada logar por palabra de iuizio, e por obra de fecho, para desembargar los pleitos”, en el Título 18, Ley 100, se ratifica la necesidad de un escribano para la realización del inventario y la Partida 6, en el Título 6, Ley 3, se regulaba que el heredero durante la realización del inventario no podía vender ninguno de los bienes que comprendían la herencia.<sup>814</sup>

Por último, debemos mencionar que en la Partida 6, Título 6, Ley 7, dice “que después que es acabado, non es tenuto el heredero de responder, a los que han de recibir las debdas en los bienes del finado, nin a las que mandasse el testador alguna cosa en su testamento, si non quanto montaren los bienes, e la heredad, que fueren escritos en el inuentario”, por lo tanto, esta ley receptó la responsabilidad limitada del heredero (responsabilidad *intra vires*), si realizaba el inventario siguiendo las formalidades establecidas.<sup>815</sup>

---

<sup>814</sup> MARTÍNEZ ALCUBILLA, *op. cit.*, pp. 438 y 587. Partida 3, Título 18, Ley 100: “Escrito y a otro que es dicho iuentario en que fazen los herederos del finado escriuir todos sus bienes. E tal carta deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren como Domingo fijo que fue de don Antolin heredero de su padre; assi como parece por la carta del testamento, e de las mandas que fizo que fue fecho por mano de tal escriuano publico...”. Partida 6, Título 6, Ley 3: “Vender, nin enagenar ninguna cosa de los bienes del testador, non deue el heredero, mientras durare el plazo, que le fue otorgado para acordarse. Fuera ende si lo fiziesse por mandato de un juez por alguna razon derecha. E esto sería, como si mandasse vender alguna cosa, que fuesse menester para enterramiento del finado, o para gouernar su compañía, o para reparar, o fazer las casas, o para labrarla heredad, sí entendiere que es menester, o que se menoscabarian, si assi non lo fiziesse; o si ouiesse a pagar algún debdo a día cierto; e si non, caería por ende en alguna pena. O si acaesciesse que ouiesse de fazer alguna cosa otra, que si la non fiziesse que vernia por ende daño, o menoscabo a los herederos, que ouiesse de auer la herencia”; OBARRIO MORENO, *op. cit.*, pp. 2727 y ss.

<sup>815</sup> MARTÍNEZ ALCUBILLA, *op. cit.*, pp. 587 y ss; GARCÍA RAMÍREZ, *op. cit.*, pp. 31 y ss. “La responsabilidad era según la doctrina *cum viribus hereditatis*, solo respondía hasta la cuantía de los bienes hereditarios”.

## IV. Recepción del beneficio de inventario y la responsabilidad del heredero en el derogado Código Civil de Vélez Sarsfield y la reforma efectuada por la Ley 17.711

Vélez Sarsfield, siguiendo la tradición romana, legisló en el sistema original del Código Civil que el heredero continuaba la persona del causante (artículo 3417 del CC), la aceptación de la herencia de manera pura y simple traía aparejada la confusión de patrimonios, y por consiguiente la responsabilidad *ultra vires* del heredero por las deudas y cargas sucesorias, por lo que debía responder no sólo con los bienes hereditarios, sino también con los propios (arts. 3342 y 3343 del CC). Pero nuestro codificador dispuso en el artículo 3363 del Código Civil un remedio excepcional frente a estas situaciones, que era la aceptación de la herencia con beneficio de inventario que debía declararse expresamente ante el juez de la sucesión en el término de diez días.<sup>816</sup>

---

<sup>816</sup> MAFFIA, J. (1987). *Manual de Derecho Sucesorio*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, pp. 157 y 185 y ss; BORDA, G. (1994). *Tratado de Derecho Civil: Sucesiones*. Tomo I. Buenos Aires: Perrot, pp. 143, 181 y ss; BORDA, G. (1997). *Manual de Sucesiones*. Buenos Aires: Perrot, pp. 84 y ss; BIDAU, J. (1969). "Límite a la responsabilidad del heredero." En *Revista Lecciones y Ensayos*, Nº 40-41, Facultad de Derecho de la UBA, Ed. Departamento de Publicaciones, pp. 71 y ss; ZANNONI, E. (1994). *Manual de Derecho de las Sucesiones*. Buenos Aires: Astrea, pp. 114 y ss, 136 y ss; MERLO, L. (2018). "Responsabilidad de herederos y legatarios frente a los acreedores del causante." En *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*, Nº 12, IJ Editores - IJ International Legal Group, pp. 2 y ss. Disponible en: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=44&idediccion=1614>; PONS DE LA VEGA DE MIGUENS, "La aceptación", *op. cit.*, p. 117 y ss. "El heredero contaba con la posibilidad de aceptar la herencia, previo inventario de los bienes, lo que implicaba reducir su responsabilidad *intra vires hereditatis*. Por medio de él la ley separaba los patrimonios del causante y del heredero y en consecuencia dejaba sin efecto las normas de los artículos 3342 y 3343 del Código Civil que consagraban la confusión de patrimonios y la responsabilidad *ultra vires*. Tampoco regía el principio del artículo 3417 que establecía la continuidad de la persona del de cuius con respecto a los derechos y obligaciones"; SCHIPANI, S. (2007). *Código Civil de la República Argentina. Con la traducción de Idelfonso García del Corral de las Fuentes Romanas citadas por Dalmacio Vélez Sarsfield en las notas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp. 898 y 903.

La doctrina mayoritaria consideraba que era injusto el principio de la responsabilidad ilimitada del heredero que no solo debía pagar las deudas del causante, sino también los legados que él hubiera hecho. Además, la situación se agravaba en el régimen originario por la deficiente reglamentación del beneficio de inventario, en particular por la brevedad de los plazos para hacerlo valer, por el rigor con que la ley interpretaba numerosos actos del heredero, atribuyéndole el significado de una aceptación pura y simple.<sup>817</sup>

El artículo 3358 del Código Civil establecía el principio general en cuanto a la concesión del beneficio, en donde disponía que “todo sucesor universal, sea legítimo o testamentario, podía aceptar la herencia con beneficio de inventario, contra todos los acreedores hereditarios y contra aquellas personas a cuyo favor se impongan cargas a la sucesión”. Por lo tanto, cualquiera fuera el título del heredero tenía derecho a solicitar el beneficio; en cambio, el legatario de cuota no podía acogerse a él porque carecía de responsabilidad *ultra vires*. Es necesario aclarar que el heredero que aceptaba la herencia podía renunciar expresamente al beneficio de inventario (arts. 3404, 3341 y 3359 del CC). En caso de ser varios los herederos, el beneficio se concedía separadamente a cada uno de ellos; algunos podían aceptarlo, otros podían renunciar a él o perderlo (art. 3360 del CC), esto era porque la vocación hereditaria era individual y personal, por lo tanto la aceptación también. Debemos mencionar que el testador no podía ordenar al heredero, ya fuera éste legítimo o testamentario que aceptara la herencia sin beneficio de inventario (art. 3362 CC).<sup>818</sup>

---

<sup>817</sup> BORDA, Tratado, *op. cit.*, pp. 181 y ss; BORDA, Manual, *op. cit.*, pp. 84 y ss; ZANNONI, *op. cit.*, pp. 114 y ss; MAFFIA, *op. cit.*, pp. 157 y ss; BIDAU, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

<sup>818</sup> BORDA, Tratado, *op. cit.*, pp. 183 y 215 y ss; BORDA, Manual, *op. cit.*, pp. 104 y ss. “En la legislación derogada estaba contemplado el caso especial de los menores e incapaces que eran considerados aceptantes beneficiarios de pleno derecho, se disponía que los representantes legales de los incapaces podían aceptar o repudiar la herencia con autorización judicial (art. 443, inc. 4, del CC); pero si la aceptaban debían hacerlo con beneficio de inventario (art. 450, inc. 4, del CC)”; ZANNONI, *op. cit.*, pp. 143 y ss; MAFFIA, *op. cit.*, pp. 186 y ss; BIDAU, *op. cit.*, pp. 72 y ss; SCHIPANI, *op. cit.*, p. 902 y ss.

La Ley 17.711 limitó los alcances del artículo 3343 del Código Civil, ya que introdujo algunas modificaciones sustanciales al Código velezano, reformando los artículos 3363 y 3366, por lo que toda herencia se presumía aceptada bajo beneficio de inventario cualquiera sea el tiempo en que se hacía. Pero el beneficio se podía perder y, por consiguiente, el heredero respondía ilimitadamente si incurría en actos que le estaban prohibidos, o si no hacía el inventario en el plazo establecido.<sup>819</sup>

El heredero debía hacer el inventario dentro de los tres meses contados desde que fue judicialmente intimado por la parte interesada (art. 3366 del CC, ref. por Ley 17.711). Este término no era inflexible y los jueces podían conceder las prórrogas que fueran indispensables (art. 3368 del CC). Luego de realizado el inventario, el heredero gozaba de un plazo de 30 días para renunciar a la herencia, vencido el cual la ley lo consideraba aceptante beneficiario (art. 3366, 2º parte, del CC, ref. por la Ley 17.711). Conforme al artículo 3370 del Código Civil el in-

---

<sup>819</sup> BORDA, *Tratado, op. cit.*, pp.181 y ss. “Después de la Ley 17.711 su campo de aplicación quedó reducido a los casos de pérdida del beneficio o al supuesto de que al aceptar la herencia se hacía la renuncia del beneficio: “La aceptación tácita es beneficiaria. El artículo 3329 del Código Civil disponía que esta aceptación debía considerarse como pura y simple, esto significaba responsabilidad *ultra vires*; y si bien esta disposición no fue derogada expresamente por la Ley 17.711, lo ha sido tácitamente por el artículo 3363 del Código Civil que establecía que toda aceptación se presumía beneficiaria. Es decir, se comprendía en sus términos tanto expresa como tácita”; BORDA, *Manual, op. cit.*, pp. 84 y ss; ZANNONI, *op. cit.*, pp. 114 y ss, 137 y ss. “Se introdujo una verdadera mutación en los principios originales del sistema sucesorio, instituyendo por norma general la responsabilidad *intra vires hereditatis*”; MAFFIA, *op. cit.*, pp. 157 y ss, y 185; BIDAU, *op. cit.*, pp. 79 y ss. “Se suprimió el plazo de diez días a que aludía el artículo antes de su reforma y se supeditó la responsabilidad limitada del heredero a los bienes de la herencia a su conducta como tal, o sea que nada le impide asumir las responsabilidades previstas para el caso de efectuar una aceptación pura y simple. Si realizó alguno de los actos prohibidos el aceptante beneficiario, pierde su calidad de tal y se convierte en puro y simple, con arreglo a lo que disponía el artículo 3408 del Código Civil. Esos actos eran: aceptar una herencia deferida al causante, sin autorización del juez y beneficio de inventario (art. 3389 del CC); constituir hipotecas y otros derechos reales sobre los bienes hereditarios, transar sobre ellos o comprometer en árbitros los negocios de la sucesión, sin ser autorizado al efecto por el juez de ésta (art. 3390 del CC); vender sin tal autorización los muebles, salvo los que el causante tenía para vender o no puedan conservarse y sin subasta los inmuebles (arts. 3393 y 3406 del CC). Lo mismo cabía decir de la donación y dación en pago”: PONS DE LA VEGA DE MIGUENS, “La aceptación”, *op. cit.*, pp. 124 y ss.

ventario debía realizarse ante un escribano y dos testigos, con citación de los legatarios y acreedores que se hubieran presentado. Debía ser claro y preciso, especificando los bienes, con indicación de la persona que efectuaba la denuncia. El mismo comprendía tanto el activo como el pasivo. Los bienes inmuebles se describían por sus datos esenciales sobre ubicación, medidas, linderos y anotación en el Registro de la Propiedad, se dejaba constancia de las mejoras, sementeras, etc. En tanto, los bienes muebles se describían con mayor minuciosidad para individualizarlos mejor para impedir sustituciones. Se detallaban los títulos y papeles que documentaban deudas o créditos. Tratándose de una casa de comercio, el inventario se suplía por una compulsua de libros hecha por un contador. Durante su realización, el heredero no podía disponer de los bienes sin autorización judicial, con la excepción de que hubiere acuerdo entre los coherederos y legatarios en tal sentido (art. 3369 del CC). El inventario tenía que ser firmado por el escribano, los testigos y las personas que comparecieron. Si no había concurrido ninguno de los interesados, valía lo mismo, siempre que hubieran sido citados en debida forma. Este beneficio se podía perder: a) si el heredero no confeccionaba en el término estipulado el inventario (art. 3366 del CC, ref. por la Ley 17.711); b) Por la ocultación de algunos valores de la sucesión, y por la omisión fraudulenta en el inventario de algunas cosas de la herencia (art. 3405 del CC); y c) Por la venta de los bienes inmuebles de la sucesión, sin conformarse a las disposiciones prescriptas. En cuanto a los muebles, quedaba a la prudencia de los jueces resolver si la enajenación de ellos ha sido o no un acto de buena administración (art. 3406 del CC).<sup>820</sup>

El efecto principal del beneficio de inventario es la limitación de la responsabilidad del heredero por las deudas del causante, por lo tanto va a responder con los bienes hereditarios y por ende no hay confusión

---

<sup>820</sup> BORDA, *Tratado, op. cit.*, pp. 226 y ss; BORDA, *Manual, op. cit.*, pp. 106 y ss; ZANNONI, *op. cit.*, pp. 152 y ss; MAFFIA, *op. cit.*, pp. 190 y ss; BIDAU, *op. cit.*, pp. 79 y ss; PONS DE LA VEGA DE MIGUENS, "La aceptación", *op. cit.*, pp. 120 y ss y 125; MERLO, *op. cit.*, pp. 2 y ss; SCHIPANI, *op. cit.*, pp. 904 y ss.

de patrimonios, es decir, su responsabilidad es *intra vires* (art. 3371 del CC). El heredero tampoco estaba obligado con los bienes que el autor de la sucesión le hubiera dado en vida (art. 3372 del CC) dado que éstos no eran parte del sucesorio, sino que estaban incorporados al patrimonio del heredero, pero quedaba a salvo el derecho de los acreedores de intentar la acción pauliana si el acto era fraudulento. En cambio, los frutos y productos de los bienes heredados respondían por las deudas y legados (art. 3439 del CC). Las consecuencias de la separación de patrimonios del heredero y del causante producto del inventario eran: 1) No se producía la extinción de los créditos o deudas que el heredero podía tener con el causante, concurría a la par con cualquier otro acreedor de la sucesión con sus créditos y mantenía sus derechos reales; de igual modo, la sucesión conservaba contra él todos los derechos reales y personales (art. 3373 del CC); 2) El heredero que pagaba una deuda o un legado con sus propios bienes se subrogaba en los derechos del acreedor (arts. 3374 y 786 del CC); 3) El beneficiario podía reivindicar de terceros las cosas de su propiedad que el causante hubiera enajenado (art. 3375 del CC); 4) Los frutos de los bienes del sucesorio forman parte de la masa y engrosan la garantía de los acreedores hereditarios (art. 3439 del CC); 5) Si bien los acreedores de la herencia y legatarios se perjudicaban por la disminución de su garantía, dado que no podían cobrarse con los bienes propios del heredero que había aceptado con beneficio de inventario, en cambio adquirirían el derecho a ser pagados con preferencia respecto de los acreedores del heredero; como éste podía renunciar al beneficio o perderlo, los acreedores de la herencia que estaban interesados en mantener esta prelación debían pedir la separación de patrimonios para evitar la confusión (arts. 3396, 3398, 3433, 3434 y 3435 del CC); 6) Los acreedores del heredero se beneficiaban en cuanto los acreedores de la herencia no podían cobrarse de los bienes del heredero, pero éstos no podían cobrarse de los bienes hereditarios sino hasta después de lo hacían los acreedores del causante (arts. 3434 y 3437 del CC); y 7) Los deudores personales del heredero no podían oponerle en compensación los créditos que tenían contra la sucesión,

ya que al no haber confusión de patrimonios y manteniéndose el heredero como un extraño a la sucesión, no podía haber nunca compensación (art. 3376 del CC).<sup>821</sup>

El heredero tenía todas las atribuciones tendientes al cumplimiento de sus funciones de administrador y liquidador de la herencia. Su gestión se extendía a todos los negocios de la herencia e incluía las siguientes facultades: a) Estaba autorizado a cobrar los créditos y pagar las deudas de la sucesión, y realizaba todas las reparaciones urgentes y las necesarias en los bienes de la sucesión para su conservación (art. 3383 del CC); b) Realizaba libremente todos los actos que requerían la administración del caudal: pago de sueldos y jornales, tomar o despedir personal, continuación del giro del negocio con la consiguiente compra y venta de mercaderías, venta de la producción anual de un establecimiento rural, pago de impuestos (art. 3388 del CC); c) Podía vender los bienes muebles perecederos sin autorización judicial, respecto a los demás bienes muebles y a los bienes inmuebles debía venderlos con autorización judicial (art. 3393 del CC); d) El heredero no podía constituir hipotecas u otros derechos reales sobre los bienes hereditarios sin autorización judicial (art. 3390 del CC), estaban comprendidos además los derechos reales de garantía (prenda, anticresis) como también aquellos que importan una desmembración del dominio (usufructo, uso, habitación y servidumbres); e) Podía aceptar herencias deferidas al autor con beneficio de inventario y con autorización judicial (art. 3389 del CC); el heredero era el representante de la sucesión, para todos sus negocios judiciales o extrajudiciales debía intentar y seguir todas las acciones, continuar aquellas que se encontraban suspendidas, interrumpir el curso de las prescripciones, tomar las medidas precautorias para prevenir la insolvencia de los deudores, contestar y defender a la sucesión en las demandas en su contra (art. 3383 del CC); y f) No podía, salvo autorización judicial, transar en un juicio o comprometer en árbitros, arreglando extrajudicialmente un juicio (art. 3390 del CC).<sup>822</sup>

<sup>821</sup> BORDA, *Tratado, op. cit.*, pp. 233 y ss; BORDA, *Manual, op. cit.*, pp. 110 y ss; ZANNONI, *op. cit.*, pp. 157 y ss; MAFFIA, *op. cit.*, pp. 204 y ss; SCHIPANI, *op. cit.*, pp. 905 y ss.

<sup>822</sup> BORDA, *Tratado, op. cit.*, pp. 249 y ss; BORDA, *Manual, op. cit.*, pp. 117 y ss; ZANNONI, *op. cit.*, pp. 165 y ss; MAFFIA, *op. cit.*, pp. 219 y ss; SCHIPANI, *op. cit.*, pp. 908 y ss.

El artículo 3398 del CC disponía que el heredero debía pagar a los acreedores y legatarios a medida que se presentaban, salvo que mediara oposición al pago de algún crédito. Incluso el heredero podía pagarse a sí mismo. El sistema legal presumía que si los acreedores se presentaban simultáneamente, el beneficiario tenía que pagar primero a los privilegiados e hipotecarios de acuerdo al orden de su privilegio (art. 3396 del CC) y el resto distribuirlo a prorrata entre los acreedores quirografarios. En el caso de que no se presentaban de manera simultánea, debía pagar en el orden que se presentaban, sean acreedores comunes o privilegiados. Los legatarios tenían que ser pagados después que los acreedores (art. 3400 del CC, en concordancia con el art. 3795). Los acreedores podían oponerse a los pagos realizados por el heredero, esto significaba un incidente en el proceso de liquidación, por lo que debía resolver el juez cómo el heredero iba a realizar los pagos (art. 3397 del CC). Cada oposición tenía carácter individual y tendía a resguardar el interés del acreedor oponente, es decir, ésta aprovechaba solo a los acreedores que la formulaban y no a los demás (art. 3399 del CC). Los legatarios no podían oponerse al pago de créditos, salvo cuando cuestionaban su legitimidad (art. 3401 del CC). Esta norma aludía al orden de prelación, ya que ellos no tenían derecho a ser pagados sino después de satisfechos todos los créditos (art. 3400 del CC). No obstante, producida la oposición en tiempo, el heredero que pagaba era responsable personalmente del perjuicio causado al acreedor o al legatario (art. 3402 del CC). Ante estas situaciones, el artículo 3403 del Código Civil confería a oponente dos recursos: 1) reclamar contra el heredero por los daños ocasionados, sin necesidad de probar la insolvencia de los acreedores pagados; 2) reclamar de los acreedores pagados, pese a la oposición, la porción que le hubiera correspondido en una distribución regularmente hecha, sin necesidad de probar la insolvencia del heredero. Ambas acciones se podían intentar de manera simultánea, puesto que no había incompatibilidad entre ellas. Si los acreedores y legatarios se presentaban tardíamente y, por consiguiente, se encontraban impagos, no tenían recurso ni contra el heredero, ni contra los acreedores

pagados, pues no habiendo oposición de su parte el pago estaba bien hecho (art. 3398 del CC). Pero los acreedores que se presentaban cuando ya no había más bienes en la sucesión, solo tenían recurso durante tres años contra los legatarios por lo que éstos hubieran recibido (art. 3398, *in fine*, del CC). Esta norma era coherente con el principio de que los legatarios no podían percibir sus legados sino cuando habían sido satisfechas las deudas (art. 3797 del CC).<sup>823</sup>

Si bien es cierto que el beneficio de inventario limitaba la responsabilidad del heredero al monto de los bienes heredados, pero dentro de este límite era responsable de toda falta grave en su administración (art. 3384 del CC), por lo que debía rendir cuenta a los acreedores y legatarios (art. 3382 del CC). Debemos concluir que a los acreedores y legatarios se les reconocía el derecho de pedir fianzas cuando la administración era culpable o por otra causa personal el heredero perjudicaba los intereses hereditarios (art. 3385 del CC). Los gastos que daban lugar el inventario, la conservación y administración de los bienes de la sucesión, la liquidación y la rendición de cuentas eran a cargo de la herencia (art. 3386 del CC). Esto resultaba lógico, dado que habían sido hechos en beneficio de los acreedores y legatarios; más aún, si el heredero los había pagado con su dinero era reembolsado con privilegio sobre todos los bienes de la sucesión (art. 3386, *in fine*, CC).<sup>824</sup>

La ventaja que trajo aparejada la reforma realizada por la Ley 17.711 al articulado original del Código Civil de Vélez fue establecer la regla

---

<sup>823</sup> BORDA, *Tratado, op. cit.*, pp. 254 y ss; BORDA, *Manual, op. cit.*, pp. 121 y ss; ZANNONI, *op. cit.*, pp. 170 y ss; MAFFIA, *op. cit.*, pp. 224 y ss; SCHIPANI, *op. cit.*, pp. 910 y ss.

<sup>824</sup> BORDA, pp. 263 y ss. “Si administraba una sucesión en que había varios herederos, también estaba obligado a rendir cuentas de su administración como todo mandatario (art. 1909 del CC)”. “El heredero era responsable de toda falta (culpa) grave en su administración (art. 3384 del CC). El concepto de culpa grave quedaba librado a la apreciación judicial, pero la ley dejaba sentado que no bastaba cualquier falta, por leve e insignificante que fuere, sea para comprometer la responsabilidad del heredero. En el concepto de culpa grave estaba incluido el perjuicio doloso de los intereses del sucesorio”. “Los acreedores y legatarios podían exigir fianzas siempre que el heredero hubiera incurrido en culpa. La palabra fianza estaba empleada en un sentido lato, comprendía no solo las fianzas personales, sino también las garantías reales”; BORDA, *Manual, op. cit.*, pp. 125 y ss; ZANNONI, *op. cit.*, pp. 178 y ss; MAFFIA, *op. cit.*, pp. 231 y ss; SCHIPANI, *op. cit.*, p. 908 y ss.

de que toda aceptación hereditaria se presumía hecha con beneficio de inventario, por lo cual hizo desaparecer la responsabilidad *ultra vires* de los herederos, y al mismo tiempo se les permitía a éstos aceptar pura y simple la herencia, asumiendo tal responsabilidad. A pesar de ello, esta reforma fue parcial, dado que no modificó la totalidad de los artículos, generando de esta manera la introducción de elementos de alteración que provocaron en ciertas circunstancias la desarmonía de las normas existentes y creó vacíos legales que ocasionaban perturbaciones en el sistema.<sup>825</sup>

## V. La responsabilidad del heredero y el beneficio de inventario en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

El tema analizado se encuentra legislado actualmente en el Código Civil y Comercial de la Nación, en el Libro V, “Transmisión de derechos por causa de muerte”, en el Título V, “Responsabilidad de los herederos y legatarios”, y en el mismo libro pero en el Título VII, “Proceso sucesorio”, regula en el Capítulo III, “El inventario y avalúo”. El artículo 2317 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone: “El heredero queda obligado por las deudas y legados de la sucesión solo hasta la concurrencia del valor de los bienes hereditarios recibidos. En caso de pluralidad de herederos, éstos responden con la masa hereditaria indivisa”. Por lo tanto, se impone como único sistema la responsabilidad limitada o *intra vires* del heredero por las deudas del causante y por los legados que éste hubiere realizado. El heredero solo responde con los bienes hereditarios. Ya no se distingue entre aceptación pura y simple y aceptación con beneficio de inventario; hay una sola aceptación (art. 2293 del CCC) De manera concordante, el artículo 2280 del

---

<sup>825</sup> ZANNONI, op. cit., p. 114 y ss; BIDAÚ, op. cit., pp. 83 y ss.

Código Civil y Comercial regula la situación del heredero y sienta el principio general al establecer: “En principio, responden por las deudas del causante con los bienes que reciben, o con su valor en caso de haber sido enajenados”.<sup>826</sup>

Si bien la responsabilidad del heredero es *intra vires hereditatis*, hay excepciones contempladas. En el artículo 2321 el Código Civil y Comercial enumera los casos en que el heredero responde con sus propios bienes por las deudas del causante. Esto ocurre si el heredero no realiza el inventario dentro del plazo de tres meses de haber sido intimado judicialmente por los acreedores o legatarios (conc. art. 2341 del CCC), en una situación similar a la que existía en el beneficio de inventario en el Código derogado de Vélez. También cuando se han ocultado fraudulentamente los bienes de la sucesión, omitiéndolos en el inventario, dado que su conducta tiende a perjudicar el derecho de los acreedores del causante (conc. art. 2295 del CCC), y lo mismo ocurre cuando se exagera dolosamente el pasivo sucesorio, intentando debilitar el activo (conc. arts. 271 del CCC y ss.). Por último, se extiende la responsabilidad ilimitada del heredero, cuando enajena bienes de la sucesión, pero no se producirá esa consecuencia si el acto de enajenación es con-

---

<sup>826</sup> BUERES, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*. Tomo II. Buenos Aires: Hammurabi, p. 526. “El artículo 2317 del Código Civil y Comercial, aclara que en caso de pluralidad de herederos éstos responden con la masa hereditaria indivisa remarcando la limitación de responsabilidad existente”; ROLLERI, G. (2016). “Principales modificaciones al Derecho Sucesorio en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.” En *Revista Jurídica Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora*, N° 1, Año 1, p. 1; HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo VI. Libro Quinto y Libro Sexto. Artículos. 2277 a 2671. Buenos Aires: Infojus- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, pp. 55 y ss; MERLO, op. cit., p. 3; FERRER, F. (2015). “El Derecho de Sucesiones en el Código Civil y Comercial.” En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Nueva Época*, N° 12, Edición especial centenarios, pp. 305-344; LORENZETTI, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo X (arts. 2162 a 2443). En DE LORENZO, M. F. y LORENZETTI, P. (coord.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pp. 542 y ss; GHILISASTI, J. (2014). “La intimación para confeccionar el inventario y la responsabilidad del heredero en el Código Civil y Comercial de la Nación.” En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, N° 3795, Edición especial, Buenos Aires, Ed. La Ley, p. 2.

veniente para la sucesión y el precio obtenido ingresa a la masa (conc. arts. 2325 y 2353 del CCC).<sup>827</sup>

El artículo 2341 del Código Civil y Comercial establece los requisitos y el plazo en que debe confeccionarse el inventario cuando el heredero haya sido intimado judicialmente por parte de los acreedores y legatarios. En consecuencia, la obligación de confeccionar el inventario solo nace para el heredero desde que ha sido intimado por la parte legitimada, debe realizarlo con la citación de los herederos, acreedores y legatarios cuyo domicilio sea conocido, y el plazo que la ley fija para que se lleve a cabo el mismo es de tres meses desde la intimación. Si bien se ha eliminado la denominación de aceptación bajo beneficio de inventario, la norma actual mantiene el mismo criterio y recaudos del derogado artículo 3366 del Código de Vélez. Una de las modificaciones que se han incorporado es que no se exige que el inventario sea realizado por escribano público en presencia de dos testigos y la otra es que no se encuentra prevista la posibilidad de prórroga del plazo para realizarlo. Además, una práctica admitida por las normas procesales es acogida por la legislación de fondo, y el artículo 2342 del Código Civil y Comercial introduce en el sistema sucesorio la posibilidad de sustituir el inventario judicial de los bienes hereditarios por la denuncia de bienes

---

<sup>827</sup> BUERES, *op. cit.* pp. 527 y ss; HERRERA, CAMELO y PICASSO, *op. cit.*, pp. 58 y ss. “El heredero puede ser intimado por los acreedores y legatarios judicialmente a que lo realice (art. 2341 del CCC). En este supuesto, cuenta con un plazo de tres meses para llevarlo a cabo, desde la fecha de la intimación. Si no lo hace en ese plazo, responde con sus propios bienes por el pago de las deudas del causante y las cargas de la sucesión”. “La aceptación forzada que se regula en el artículo 2295 del Código Civil y Comercial, establece que cuando el heredero oculta o sustrae bienes de la herencia, se lo considera aceptante con responsabilidad ilimitada y pierde el derecho de renunciar. Además, no participa en lo que ha sido objeto de ocultamiento o sustracción. En el supuesto de que no pueda restituir la cosa, debe restituir su valor a la fecha de la restitución”. “En la administración extrajudicial, el artículo 2325 del Código Civil y Comercial estatuye que los actos de disposición se efectúan por unanimidad, fijando pautas para algunas hipótesis singulares. En la administración judicial, el artículo 2353 del CCC regla que la enajenación exige el consentimiento unánime de los herederos o, en su defecto, la autorización judicial; quedan excluidos todos los actos de enajenación de bienes muebles susceptibles de perecer, medidas urgentes, conservatorias”. MERLO, *op. cit.*, p. 3 y ss; LORENZETTI, *op. cit.*, pp. 553 y ss; GHILISASTI, *op. cit.*, p. 2.

cuando es realizada por todos los coherederos. Pero esta posibilidad no es admitida cuando el inventario fue requerido por los acreedores o su obligatoriedad surja de una disposición legal.<sup>828</sup>

## VI. Conclusiones

En Roma, se concebía a la herencia como la sucesión, por parte del *heres*, en la totalidad de los derechos que tenía el difunto. El proceso evolutivo de las concepciones sociofamiliares hizo que en la etapa del derecho arcaico primara el principio de la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, por lo cual el heredero respondía por las deudas hereditarias no solamente con los bienes de la herencia, sino que en caso de ser éstos insuficientes debía responder con los bienes propios. Pero esta regla sufrió cambios, ya que en la época del derecho clásico se consideró que su aplicación, tan rígida, provocaba un perjuicio para el heredero cuando la herencia era dañosa, por lo que el pretor concedió dependiendo de la calidad de heredero que uno revestía una serie de remedios procesales. Finalmente, fue el emperador Justiniano quien creó en el año 531 d. C. el beneficio de inventario para todos los herederos. Por lo tanto, los herederos que aceptaban la herencia con dicho beneficio y confeccionaban el inventario según las formalidades exigidas, limitaban su responsabilidad al monto de los bienes hereditarios (principio de la responsabilidad *intra vires hereditatis*).

Este instituto fue recogido por el derecho intermedio, en las Partidas, y nuestro codificador Vélez Sarsfield, siguiendo la tradición romana, legisló en el sistema original del Código Civil que el heredero continuaba la persona del causante, por lo tanto, la aceptación de la herencia de manera pura y simple traía aparejada la confusión de patrimonios y la responsabilidad *ultra vires*, pero consagró como remedio excepcional la aceptación de la herencia con beneficio de inventario. La reforma introducida por la Ley 17.711 realizó algunas modificaciones sustanciales al Código velezano.

El Código Civil y Comercial de la Nación reitera algunos de los conceptos legislados por el derogado Código de Vélez y recepta como regla primordial la responsabilidad limitada del heredero, y no distingue entre aceptación pura y simple y aceptación con beneficio de inventario. Si bien contempla excepciones a la responsabilidad hereditaria *intra vires*, las causales en que el heredero responde con sus bienes son más restringidas que en el derogado sistema anterior. Todas estas reformas introducidas en el Código Civil y Comercial nos demuestran que esta institución continúa manteniendo el origen romanista, ya sea de manera directa o indirecta, pero adecuada a los cambios y a las necesidades socioculturales y jurídicas actuales.

## VII. Bibliografía consultada

- ARANGIO RUIZ, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por J. M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma.
- BIDAU, J. (1969). “Límite a la responsabilidad del heredero”. En *Revista Lecciones y Ensayos*, N° 40-41 Bs. As., Facultad de Derecho de la UBA, Ed. Departamento de Publicaciones.
- BIONDI, B. (1946). *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano: Giuffré.
- BONFANTE, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus.
- BORDA, G. (1994). *Tratado de Derecho Civil: Sucesiones. Tomo I*. Buenos Aires: Perrot.
- BORDA, G. (1997). *Manual de Sucesiones*. Buenos Aires: Perrot.

- BUERES, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*. Tomo II. Buenos Aires: Hammurabi.

- COSTA, E. (1925). *Storia del diritto romano privato: dalle origini alle compilazioni giustinianee*. Torino: Fratelli Bocca.

- DI PIETRO, A. (1967). *Institutas. Texto Traducido y con Notas del autor*. 1º edición. La Plata: Librería Jurídica.

- DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma.

- DOMÍNGUEZ, P. (2011). “Una reflexión sobre la impronta romana del beneficio de separación de patrimonios en el Código Civil de Cataluña”. En RIDROM. *Revista Internacional de Derecho Romano*, N° 7, pp. 199-280. Disponible en: <http://www.ridrom.uclm.es>.

- DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. (2002). “*Constitutio Scimus*: Efectos Jurídicos durante la confección del *Inventarium*”. En *Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge*. Volumen I. Salamanca: AIDROM.

- DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. (2005). “*Constitutio Scimus*: El heredero después de la confección del inventario”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 9, La Coruña, Ed. de la Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, pp. 211-236.

- DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. (2005). “El heredero a beneficio de inventario: orden y modos de pago a acreedores, legatarios y fideicomisarios”. En *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*. Tomo VIII: Derecho de Sucesiones. Coimbra: BOE, pp. 2653 a 2668. Disponible en: [https://boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/anuario.php?id=R\\_FUNDAMENTOS\\_ROMAN%C3%8DS-TICOS\\_DEL\\_DERECHO\\_CONTEMPOR%C3%81NEO&ti-po=R&modo=2](https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=R_FUNDAMENTOS_ROMAN%C3%8DS-TICOS_DEL_DERECHO_CONTEMPOR%C3%81NEO&ti-po=R&modo=2).

- FADDA, C. (1900). *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano. Prima parte*. Napoli: Luigi Pierro.
- FADDA, C. (1949). *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano. Seconda parte*, Milano: Giuffré.
- FERRER, F. (2015). “El Derecho de Sucesiones en el Código Civil y Comercial”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral*, Nueva Época, N° 12, Edición especial centenarios, pp. 305-344
- FUENTESECA DEGENEFF, M. (1998). “La problemática de la noción de hereditas”. En *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*. Tomo VIII: Derecho de Sucesiones. Ourense: BOE, pp. 35-40. Disponible en: [https://boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/anuario.php?id=R\\_FUNDAMENTOS\\_ROMAN%C3%8DS-TICOS\\_DEL\\_DERECHO\\_CONTEMPOR%C3%81NEO&ti-po=R&modo=2](https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=R_FUNDAMENTOS_ROMAN%C3%8DS-TICOS_DEL_DERECHO_CONTEMPOR%C3%81NEO&ti-po=R&modo=2)
- GARCÍA DEL CORRAL, I. (1897). *Cuerpo de Derecho Civil Romano*. Barcelona: Lex Nova.
- GARCÍA RAMÍREZ, J. (1971). *De los beneficios de inventario y de separación de patrimonio*. Tesis doctoral. Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Disponible en: <https://ri.ues.edu.sv/id/eprint/26401/1/10112387%20optimizado.pdf>.
- GINOT LLOBATERAS, F. (1950). “La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en el derecho común y floral”. En *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 3, N° 4, Universidad de La Rioja, España, Ed. Dialnet.
- GHILISASTI, J. (2014). “La intimación para confeccionar el in-

ventario y la responsabilidad del heredero en el Código Civil y Comercial de la Nación”. En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Edición especial* (10 Nov.), ISSN 1852-8708, Cita online: AR/DOC/3795/2014, Buenos Aires, Ed. La Ley.

- HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo VI. Libro Quinto y Libro Sexto. Artículos 2277 a 2671. Buenos Aires: Infojus-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

- LORENZETTI, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo X (arts. 2162 a 2443). En DE LORENZO, M. F. y LORENZETTI, P. (coord.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

- MAFFIA, J. (1987). *Manual de Derecho Sucesorio*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma.

- MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1885). *Códigos Antiguos de España*. Tomo I. Madrid: Administración Arco de Santa María, 41 Triplicado, principal.

- MERLO, L. (2018). “Responsabilidad de herederos y legatarios frente a los acreedores del causante”. En *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*, Nº 12, Buenos Aires, IJ Editores-IJ International Legal Group. Disponible en: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=44&idedicion=1614>.

- OBARRIO MORENO, J. (2005). “*La rúbrica beneficium inventarii en la communis opinio doctorum*”. En *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*. Tomo VIII: Derecho de Sucesiones. Coimbra: BOE, pp. 2669-2756. Disponible en: [https://boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/anuario.php?id=R\\_FUNDAMENTOS\\_ROMAN%C3%8DSTICOS\\_DEL\\_DERECHO\\_CONTEMPOR%C3%81NEO&tipo=R&modo=2](https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=R_FUNDAMENTOS_ROMAN%C3%8DSTICOS_DEL_DERECHO_CONTEMPOR%C3%81NEO&tipo=R&modo=2).

- PONS DE LA VEGA DE MIGUENS, N. (1969). “La aceptación de herencia con beneficio de inventario en Roma y en la reforma última al Código Civil Argentino”. En *Revista Anales de la Universidad del Salvador*, N° 5. Disponible en: <https://racimo.usal.edu.ar/3776/>.

- PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, N. (1970). *Reglas de Ulpiano. Traducción, concordancia con otros textos clásicos y nota preliminar*. Buenos Aires: Lerner.

- REIMUNDO YANES, B. (1998). “Nociones básicas introductorias”. En *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*. Tomo VIII: Derecho de Sucesiones. Ourense: BOE, pp. 1-34. Disponible en: [https://boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/anuario.php?id=R\\_FUNDAMENTOS\\_ROMAN%C3%8DSTICOS\\_DEL\\_DERECHO\\_CONTEMPOR%C3%81NEO&tipo=R&modo=2](https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=R_FUNDAMENTOS_ROMAN%C3%8DSTICOS_DEL_DERECHO_CONTEMPOR%C3%81NEO&tipo=R&modo=2).

- ROCA SASTRE, R. (1960). “*El beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria”. En *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 13, N° 4, Universidad de La Rioja, España, Ed. Dialnet.

- ROLLERI, G. (2016). “Principales modificaciones al Derecho Sucesorio en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. En *Revista Jurídica Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora*, N° 1, Año 1.

- ROMAGUERA EDO, M. (2017). “Los fundamentos romanísticos del concurso de la herencia”. En *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*. Tomo VIII: Derecho de Sucesiones. Barcelona: BOE, pp. 2839-2846. Disponible en: [https://boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/anuario.php?id=R\\_FUNDAMENTOS\\_ROMAN%C3%8DSTICOS\\_DEL\\_DERECHO\\_CONTEMPOR%C3%81NEO&tipo=R&modo=2](https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=R_FUNDAMENTOS_ROMAN%C3%8DSTICOS_DEL_DERECHO_CONTEMPOR%C3%81NEO&tipo=R&modo=2).

- SCHIPANI, S. (2007). *Código Civil de la República Argentina. Con la traducción de Idelfonso García del Corral de las Fuentes Romanas citadas por Dalmacio Vélez Sarsfield en las notas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

- VOICI, P. (1960). *Diritto ereditario romano*. Volumen I. Milano: Giuffrè.

- ZANNONI, E. (1994). *Manual de Derecho de las Sucesiones*. Buenos Aires: Astrea.

# Una excepción a la regla por la que no se puede usucapir la cosa hurtada en el derecho romano justiniano

---

Por Luis Diego Vargas<sup>829</sup>

## Resumen

En el presente trabajo el autor analiza la regla de derecho del *Corpus Iuris Civilis* que indica que las cosas muebles hurtadas no pueden ser usucapidas, ni siquiera por los terceros de buena fe (I. 2. 6. 3; D. 41. 3. 10. 2; D. 41. 3. 4. 6) y sostiene que dicha regla encuentra excepciones en el caso de la cría del ganado hurtado que sí puede ser usucapido por un tercero de buena fe (D. 47. 2. 48. 5) y en el caso de los corderos de las ovejas hurtadas, toda vez que los corderos, al ser frutos, son del

---

<sup>829</sup> Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a Magíster en Derecho Civil por la misma casa de estudios. Asociado del Estudio Avendaño.

poseedor de buena fe, quien hace suyo los frutos, sin necesidad de usucapirlos (D. 41. 1. 48. 2).

**Palabras clave:** usucapición; frutos; buena fe

## I. Introducción

En el derecho romano justinianeo (*Corpus Iuris Civilis*) existe una regla de derecho según la cual las cosas muebles hurtadas no pueden ser usucapidas, ni siquiera por los terceros de buena fe (I. 2. 6. 3; D. 41. 3. 10. 2; D. 41. 3. 4. 6).<sup>830</sup> Para poder entender esta regla de manera clara veamos un ejemplo. Marco es dueño de una oveja. Julio roba dicha oveja y la vende a César, quien no tenía conocimiento alguno del robo, y, por el contrario, creía firmemente que Julio (ladrón) era el legítimo dueño. Aplicando la regla antes mencionada, en este caso no es posible que la oveja robada sea usucapida, ni siquiera por César que es un adquirente de buena fe.

Esta regla, que a primera vista parece ilógica e ineficiente desde una óptica actual, para la época de los romanos tenía un fundamento claro: la protección del derecho de propiedad del verdadero dueño, a quien le robaron la cosa mueble. En efecto, las cosas hurtadas no podían ser usucapidas, justamente, porque el hurto dejaba una “marca” insalvable en la cosa hurtada, por lo que ni el tercero de buena fe podía usucapirla. Los romanos tenían claro que el derecho de propiedad debía ser

---

<sup>830</sup> Estas citas y todas las citas del *Corpus Iuris Civilis* del presente trabajo de investigación fueron obtenidas de la siguiente fuente bibliográfica: GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. A doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencia por D. Ildelfonso L. García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas Editor. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/resultados?ti=cuerpo+del+derecho+civil&at=Justinia>.

protegido y no podía sucumbir ni siquiera frente un adquirente de buena fe de la cosa hurtada.

Estas ideas se pueden sustraer de Fuenteseca, quien indica que la prohibición de usucapir bienes hurtados permitía que el verdadero propietario pueda siempre reivindicar la cosa en cabeza de quien esté, ya sea quien cometió el hurto o incluso el adquirente de buena fe.<sup>831</sup> Así, es coherente señalar que, al funcionar siempre la reivindicación de las cosas hurtadas, se entiende que el hurto dejaba la denominada “marca” que no permitía que la cosa hurtada pueda ser usucapida. Había una clara intención de proteger al verdadero dueño frente a eventos ajenos a su voluntad, como el hurto.

Sin perjuicio de ello, en el Digesto se puede ubicar un supuesto que bajo nuestra lectura constituye una excepción a la regla descrita previamente. Concretamente, nos referimos a los frutos (crías del ganado hurtado, corderos nacidos de ovejas hurtadas) que sí podían ser adquiridos por el tercero de buena fe, aunque la cosa fructífera hurtada (oveja o vaca) no pueda ser usucapida, ni siquiera por el adquirente de buena fe, al estar “marcados” con el hurto (D. 47. 2. 48. 5 y D. 41. 1. 48. 2).

Siendo éste el escenario, en el presente trabajo de investigación nos ocuparemos de explicar las razones por la cuales entendemos que los frutos de la cosa fructífera hurtada constituyen una excepción a la regla de que no se pueden adquirir cosas muebles hurtadas en el derecho romano justinianeo. Para dichos efectos, primero analizaremos los requisitos para la usucapión de cosas muebles. Posteriormente, analizaremos la regla de derecho que indica que las cosas muebles hurtadas no pueden ser usucapidas, ni siquiera por el adquirente de buena fe, para finalmente analizar el punto central de la investigación, que es la excepción ubicada respecto de la regla general.

---

<sup>831</sup> FUENTESECA, M. (2015). “La exclusión del comprador a non domino de la usucapio”. En *Revista Internacional de Derecho Romano*, Nº 5, p. 34. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5712609.pdf>.

## II. Requisitos para la usucapión de cosas muebles en el derecho romano justinianeo

La usucapión desde su concepción más general permite entender que es la adquisición de una cosa por su uso. Marcin (2020) sostiene que en una concepción general de la usucapión en el derecho romano se puede advertir que, desde su etimología, *usus capere* denotaba (significaba) *capere* (adquirir) *usus* (por el uso).<sup>832</sup>

En buena cuenta, la usucapión es un modo de adquirir del *ius civile* que permitía obtener el dominio de una *res* mediante su posesión de buena fe por un período de tiempo. La usucapión buscaba corregir determinadas situaciones de la realidad, en las que alguien de buena fe no había logrado adquirir el dominio, pese a actuar como el legítimo dueño de una cosa.<sup>833</sup>

En virtud de la usucapión, el derecho romano buscó proteger a quien no adquirió del legítimo dueño o no cumplió con todas las formalidades requeridas, pero tenía buena fe. Si una persona poseía la cosa de buena fe, de manera pacífica y pública, aunque no fuera el propietario, era factible que el tiempo le permita convertirse en el legítimo dueño. Es decir, su derecho transmutaba de la posesión (entendido como señorío de hecho) en *dominium*.<sup>834</sup>

Conforme entiende Pérez (2016), en caso de que el dominio no resultaba transmitido, ya sea porque el vendedor no era el dueño o debido a que no se realizó el acto formal preestablecido por el ordenamiento (defecto de forma), se considera que la venta es una auténtica *iusta*

---

<sup>832</sup> MARCIN, F. (2020). "Selección y breve comentario a alguna jurisprudencia relevante en la práctica forense de México sobre aspectos sustanciales, procesales y/o probatorios de la acción de prescripción adquisitiva o usucapión de buena fe (notas histórico comparativas)". En *Revista de Derecho Privado de la Universidad Autónoma de México*. Año VII, N° 17, p. 33. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/issue/view/670>.

<sup>833</sup> MÉNDEZ, E. (2019). *Introducción al Derecho Romano*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú (Colección lo esencial del Derecho), p. 140-141.

<sup>834</sup> *Ibidem*, p. 141.

*causa usucapionis*, y, por tanto, en un corto espacio de uno o dos años el comprador se convertirá en dueño de la cosa.<sup>835</sup>

Nótese que la usucapión permitía que el poseedor se convierta en propietario. El uso de la cosa le permitía adquirir dominio, pese a que su título no provenía del legítimo dueño. Así, como indica Bernard, mediante la usucapión el derecho romano propiciaba un mecanismo con clara tendencia a conservar la propiedad, situación que incidiría en una gestión eficiente de los recursos.<sup>836</sup>

Ahora bien, para efectos de que se produzca esta transmutación de la posesión al dominium, era necesario que se cumplan una serie de requisitos que son los siguientes: *res habilis*, *bona fides*, *possessio*, *titulus* y *tempus*.

Sobre el primer requisito, Bernard anota que el requerimiento de *res habilis* exige que la cosa tiene que ser susceptible de ser usucapida.<sup>837</sup> No todas las cosas son susceptibles de ser usucapidas, el ejemplo resalante para efectos de la presente investigación son las cosas hurtadas que no pueden ser usucapidas ni siquiera por los terceros de buena fe (I. 2. 6. 3; D. 41. 3. 10. 2; D. 41. 3. 4. 6). Únicamente habiendo determinado que estamos frente a una *res habilis* podemos evaluar el cumplimiento de los demás requisitos.

En relación al segundo requisito, la *bona fides* es entendida como la buena fe. En términos de Alvarado (2003), la buena fe en el marco del derecho romano consiste en la creencia de que se ha de convertir en el

---

<sup>835</sup> PÉREZ, M. (2016). "La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho privado europeo". En *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N° 14, p. 207. Disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6128>.

<sup>836</sup> BERNARD, R. (2019). "A propósito de una pretendida función social de la propiedad en el Derecho Romano: Una visión actual bajo el prisma del análisis económico del derecho (AED)". En *Revista Internacional de Derecho Romano*, N° 29, p. 108. Disponible en: <http://www.ridrom.uclm.es/sumarios23.html>.

<sup>837</sup> Citado en: GALLEGO, S. (2020). *La usucapio en Roma*. Tesis para optar el Grado en Derecho. Valladolid: Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, p. 20. <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/46936>

legítimo dueño.<sup>838</sup> En buena cuenta, y tal como advertimos previamente, la lógica de la usucapión en el derecho romano era justamente brindar una herramienta al adquirente que no adquirió del legítimo dueño, pero tenía la confianza que contrataba con el verdadero propietario. En esta confianza reside la buena fe, y este acto que implica honestidad es justamente el protegido por el Derecho Romano.

Sobre este asunto, Adame (2009) anota que el poseedor puede usucapir únicamente si es un poseedor civil de buena fe. Esto implica que el poseedor tiene la cosa (*corpus*) y el ánimo (*animus*) de actuar como el legítimo dueño, confiando en que con su posesión no lesiona algún derecho ajeno. Esta confianza (creencia) es un estado subjetivo del poseedor, que no puede conocer directamente, pero que sí puede presumirse en la medida de que el poseedor demuestre una justa causa al poseer.<sup>839</sup>

Asimismo, tal como afirma Gonzales, la *bona fides* sirve de base no solo para la *usucapio pro emptore*, sino que también para otros escenarios como la adquisición por parte del poseedor de la propiedad de los frutos.<sup>840</sup> Nótese que la buena fe cumplió un rol preponderante en el derecho romano no solo para la usucapión, sino que también para la adquisición de frutos, relevancia que le llevó con el tiempo a ser considerado como un principio general del derecho.

---

<sup>838</sup> ALVARADO, J. (2003). "La usucapión como modo de adquirir de la propiedad en el Derecho Romano y su influencia en la legislación civil latinoamericana" (Primera Parte). En *Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo*, N° 23, p. 31. Disponible en: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc26/26-2.pdf>. Cabe precisar que el texto del profesor Alvarado que ubicamos en nuestra investigación no cuenta con una numeración. Para efectos del presente trabajo, hemos colocado la numeración de 1 a 39, con la finalidad de que el lector pueda ubicar el lugar de donde se extrajo las partes citadas del texto del profesor Alvarado.

<sup>839</sup> ADAME, J. (2009). *Curso de Derecho Romano Clásico I*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, p.117. Disponible en: <https://docplayer.es/6657000-Curso-de-derecho-romano-clasico-i.html>.

<sup>840</sup> Citado en: SALAZAR, M. (2015). "Formación en el Derecho Romano y en la tradición romanística del principio de la buena fe y su proyección en el Derecho Comunitario Europeo". En *Revista Internacional de Derecho Romano*, N° 14, p. 140. Disponible en: <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18062>.

Sobre el particular, Torres (2014) anota que la buena fe es justamente un requisito que se ha convertido en un principio general del derecho, el cual es exigido no solo en algunos casos de *usucapición*, sino también para determinados escenarios como acción publiciana.<sup>841</sup>

Véase la importancia de la buena fe (*bona fides*) para efectos de la usucapición. Los romanos privilegiaban al poseedor *ad usucapionem*, siempre y cuando tenían la confianza que habían adquirido del dueño, aunque la realidad decía todo lo contrario, pues habían adquirido de un no propietario. Justamente, para curar esta situación existía la usucapición, como una herramienta que hacía que el poseedor de buena fe se convierta en el legítimo propietario.

Ahora bien, respecto de la *possessio*, ésta era entendida como un hecho. Así, Paulo afirmaba que la *possessio* era “una cosa de hecho (*res facti*)” (D. 41. 2. 1 .3) y Ulpiano anotaba que la misma “era un hecho (*est enim facti*)” (D. 41. 2. 29).<sup>842</sup> Esta *possessio* denominada posesión civil de la *res habilis* implicaba que quien poseía debía considerarse como el dueño de la cosa. Asimismo, era importante que la posesión sea ininterrumpida por un período de tiempo.<sup>843</sup>

Otro requisito adicional era el *titulus*, que tal como indica Valencia Restrepo era entendido como la situación objetiva que tenía que llevar a adquirir el dominio conforme a derecho y justificaba que el usucapiente creyera fielmente ser el dueño de la cosa.<sup>844</sup> Nótese que el *titulus* es el antecedente del justo título que rige nuestro sistema legal, entendido como aquel acto traslativo de dominio que busca transferir la propiedad, pero no puede, al adolecer de algún vicio.

En esta línea, Adame (2009) indica que los títulos de la usucapición son los mismos que en la denominada *traditio*. Es decir, los títulos

---

<sup>841</sup> ATORRES, M. (2014). “Doble venta y venta a *non domino*: del Derecho Romano al Derecho Comunitario Europeo”. En *Revista Internacional de Derecho Romano*, Nº 12, p. 211. Disponible en: <http://www.ridrom.uclm.es/sumarios12.html>.

<sup>842</sup> GALLEGO, *op. cit.*, p. 25.

<sup>843</sup> MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 141.

<sup>844</sup> *Ibidem*, p. 142.

son el crédito, la compra, el pago, la donación y la dote. Sin embargo, también podían existir otros títulos, como, por ejemplo, el abandono de la cosa, en caso de que no fuera abandonada por su dueño y no se convirtió en *res nullius*, ni se puede adquirir por ocupación; el legado de efecto real, cuando el legatario no adquirió el dominio, por algún defecto legal; la herencia; el decreto del pretor; y en general, en otros casos en los que un sujeto tenía alguna causa para poseer una cosa como si fuera suya. En buena cuenta, para usucapir es necesario tener una causa que justifique la posesión, debido a que quien detenta una cosa no puede ser poseedor civil por su mera voluntad.<sup>845</sup>

Nótese que el profesor citado reconoce que el *titulus* de la usucapión puede ser el crédito, la compra, el pago, la donación, entre otros. En buena cuenta, lo importante es entender que para la usucapión era necesaria una causa que justifique la posesión. La razón que se encontraba detrás de esta exigencia era que quien no posee una cosa no podía convertirse en un poseedor civil apto para *usucapir* por su mera voluntad.

Finalmente, se encontraba el *tempus*, que exigía que la posesión calificada para la usucapión dure mínimamente durante un plazo determinado. Así, en el *Corpus Iuris Civilis* se establece que, para el caso de las cosas muebles, el derecho civil exigía que quien de buena fe con justa causa se convertía en propietario de la cosa mueble por su uso durante 3 años (I. 2. 6. pr).<sup>846</sup>

En resumen, del análisis previamente realizado podemos concluir que el poseedor debía ser un poseedor *ad usucapionem*, es decir, tenía que ser un poseedor civil que actúa como el legítimo dueño y además cumple con los demás requisitos para convertirse en propietario por *usucapio*. En palabras de Díaz-Bautista, el poseedor civil es aquel que afirma y se presenta como el legítimo propietario ante la sociedad. Asimismo, el poseedor *ad usucapionem* es un tipo concreto de poseedor civil que afirma ser el propietario y tiene un título válido de dominio, en cuya

---

<sup>845</sup> ADAME, *op. cit.*

<sup>846</sup> MÉNDEZ, *op. cit.*

eficacia puede confiar en razón de las circunstancias del tráfico jurídico común (*bona fides*).<sup>847</sup>

Como hemos podido apreciar a lo largo del presente acápite, existían diversos requisitos para la usucapión de cosas muebles en el derecho romano. El poseedor debía cumplir todos los requerimientos antes explicados para convertirse en el legítimo propietario de la cosa, solo así podía denominarse un auténtico poseedor *ad usucapionem*. Sin perjuicio de ello, para efectos de esta investigación queremos centrar nuestro análisis en el requisito de la *res habilis*.

En base a la explicación previa, somos de la opinión de que este es el primer elemento a revisar en el caso de la usucapión, toda vez que, si no estamos frente a una cosa susceptible de ser adquirida vía *usucapio*, es inútil verificar el cumplimiento de los demás requisitos. Así, en el caso de las cosas muebles era importante determinar que la cosa no había sido hurtada, porque las cosas hurtadas no eran susceptibles de adquisición vía *usucapio*, ni siquiera por los terceros de buena fe (I. 2. 6. 3; D. 41. 3. 10. 2; D. 41. 3. 4. 6).

Nótese que las cosas muebles hurtadas no cumplían con el requisito de la *res habilis*, ergo no podían ser usucapidas. A continuación, veamos a detalle esta regla del derecho romano justiniano.

### III. La regla por la que las cosas hurtadas no pueden ser usucapidas

Conforme adelantamos previamente, en el derecho romano justiniano no era factible usucapir una cosa hurtada.<sup>848</sup> En palabras de Cama-

<sup>847</sup> DIAZ-BAUTISTA, A. (2021). "La protección del propietario pretorio en Derecho Clásico y su recepción en el Código Civil Español!" En *Revista de estudios Histórico-Jurídicos*, N° 43, p. 245. Disponible en: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-54552021000100241](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552021000100241).

<sup>848</sup> CAMACHO, D. (2010). "Transmisión y reserva de la propiedad en el contrato de compraventa" En *Revista de Derecho UNED*, N° 7, p. 101. Disponible en: <https://www.proquest.com/scholarly-journals/transmisión-y-reserva-de-la-propiedad-en-el/docview/1115582211/se-2>.

cho, la usucapión es enervable si se demuestra que la cosa es hurtada. Ni siquiera los terceros de buena fe podían adquirir el dominio de una cosa mueble hurtada (I. 2. 6. 3; D. 41. 3. 10. 2; D. 41. 3. 4. 6). En las siguientes líneas analizaremos el detalle de los fragmentos de las Instituciones y el Digesto que nos permiten llegar a esta conclusión.

### **III. 1. Las cosas hurtadas no pueden ser usucapidas por quien las hurto**

En las Instituciones del emperador Justiniano (I. 2. 6. 3), expresamente se indica lo siguiente en relación a la usucapio; “3. Mas lo que se ha dicho, de que está prohibida por las leyes la usucapión de las cosas hurtadas y de las poseídas por la fuerza, no significa que ni el mismo ladrón, o el que por violencia posee, pueda usucapir (porque a éstos no les compete por otra razón la usucapión, pues, a la verdad poseen de mala fe) (...)” (el subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, en las Instituciones del emperador Justiniano existía la prohibición de que las cosas hurtadas puedan ser usucapidas. De acuerdo al fragmento antes citado, el ladrón no podía usucapir toda vez que poseía de mala fe. Entendemos que justamente poseía de mala fe, porque es ladrón y usa el bien ajeno sabiendo que no le pertenece, conociendo que la cosa es del dominio de otro sujeto. En esta circunstancia recaería su mala fe.

Nótese que, al poseer de mala fe, no cumpliría con una de los elementos determinantes para que opere la *usucapio* que hemos explicado en el acápite anterior: la *bona fides*. Recordemos que uno de los requerimientos para que se configure un supuesto de usucapión en el derecho romano justiniano era justamente que el poseedor actúe de buena fe, entendida ésta como aquella situación en la cual el poseedor tenía la convicción de que poseía como el legítimo dueño de la cosa. Es lógico que el ladrón no pueda usucapir si su mala fe está claramente acreditada con su propia acción de hurto.

En línea con la explicación previa, en el Digesto (D. 41. 3. 4. 6) de manera literal se anota: “6. Mas lo que dice la ley Atinia, que la cosa hurtada no se adquiere por usucapión, si no volviera a poder de aquel a quien le fue substraída, se entendió de modo que deba volver a poder de su dueño, no ciertamente al de aquel, a quien le fue hurtada” (el subrayado es nuestro).

Como se puede advertir, de acuerdo al fragmento antes citado, desde la Ley Atinia existía la regla de que la cosa hurtada no podía ser adquirida vía usucapión. La marca de hurto no permitía que estos bienes puedan ser usucapidos, salvo que vuelvan a poder del dueño. Este fragmento del Digesto sigue la misma lógica del fragmento de las Instituciones previamente citado. Así, queda claro que en el derecho romano justiniano no era posible usucapir las cosas muebles hurtadas.

Sin embargo, y como ya hicimos notar previamente, no solo el ladrón no podía usucapir la cosa hurtada, sino que incluso el adquirente de buena fe no podía usucapir dicha cosa. Veamos este segundo supuesto específico a continuación.

### ***III. 2. Las cosas hurtadas no pueden ser usucapidas por los terceros de buena fe***

La regla que indica que las cosas hurtadas no pueden ser usucapidas por los terceros de buena fe también se encuentra en las Instituciones del emperador Justiniano (I. 2. 6. 3), donde expresamente se indica: “3. (...) sino que otro ninguno, aunque de ellos las hubiere comprado de buena fe o por otra causa recibido, tenga el derecho de usucapirlas. Por lo que, en las cosas muebles no sucede fácilmente que competa la usucapión al poseedor de buena fe; porque el que vendió una cosa ajena o por otra causa la transfirió, comete el hurto de ella” (el subrayado es nuestro).

Nótese que en el fragmento antes citado se indica expresamente que quien hubiere comprado o hubiera recibido la cosa hurtada por otra

causa, no tiene derecho a usucapirla. La primera lectura que se le puede dar a este fragmento podría ser planteada en términos de interrogante: ¿por qué el adquirente de buena fe no puede usucapir la cosa mueble hurtada? ¿Acaso no se debería premiar su actuación honesta?

Para responder dichas preguntas es importante partir de la premisa de que el adquirente es de buena fe justamente, porque no tiene conocimiento del hurto. Su buena fe reside en esta confianza, pese a ello no se le permite usucapir. Somos de la opinión que el hurto generaba una marca que perseguía a la cosa, y, por lo tanto, no podía ser usucapida, ni siquiera por el adquirente de buena fe. Sobre este asunto, Fuenteseca anota que cuando el poseedor era un comprador a *non domino*, el *verus domino* siempre podía plantear la acción reivindicatoria toda vez que el comprador no podía usucapir la cosa hurtada y, por el contrario, tenía la obligación de devolverla.<sup>849</sup>

Como se puede observar, de acuerdo a la profesora citada, el *verus dominus* siempre vencía al comprador a *non domino*. Esta situación se producía independientemente de su buena fe toda vez que la cosa mueble ajena (*res furtiva*) tenía la mancha del *furtum* (hurto), por tanto, no podía ser usucapida por nadie.

La protección del *verus domino* se imponía a través de la acción reivindicatoria que el legítimo dueño podía utilizar para recuperar la cosa en manos de quien esté (quién cometió *furtum* o del tercero que adquirió). El *furtum*, como señala Guarino por una definición originaria, era justamente el acto ilícito en virtud del cual se sustraía voluntariamente sin violencia una cosa mueble a su detentador, que podía ser el dueño o un detentador.<sup>850</sup>

La lógica que se encontraba detrás de esta regla era la protección del legítimo dueño, quien había sufrido el hurto. El propietario no dejaba

<sup>849</sup> FUENTESECA, M., *op. cit.*, p. 34.

<sup>850</sup> Citado en TORRENT, A. (2021). "Concurrencia y paralelismos entre *actio legis aquiliae* y la *actio furti*!" En *Revista Internacional de Derecho Privado*, N° 26, pp. 20. Disponible en: <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18172>.

de ser el dueño por el hecho de que le hurten la cosa. Para los romanos era un despropósito que el ladrón puede adquirir el dominio del bien que éste había hurtado. Se protegía al verdadero propietario. E incluso en el conflicto existente entre el dueño y el adquirente de buena fe, los romanos preferían proteger al dueño antes que al adquirente, pese a su buena fe. Claramente, tenían una perspectiva de protección del dominio bien asentada.

Asimismo, es importante resaltar el fraseo de la última parte del fragmento citado que indica: “Por lo que, en las cosas muebles no sucede fácilmente que competa la usucapión al poseedor de buena fe; porque el que vendió una cosa ajena o por otra causa la transfirió, comete el hurto de ella”. Véase que esta sección del fragmento se indica que quien vende una cosa ajena comete hurto de ella. Es decir, si el ladrón enajena la cosa robada, comete hurto de ella y, por tanto, el adquirente de buena fe adquiere un bien manchado con dicho hurto.

En esta línea, en el Digesto (D. 41. 3. 10. 2) expresamente se indica: “2. (...) Pero escribe Scévola, que él opina que puede usucapir también el parto; porque el parto no forma parte de la cosa hurtada. Mas si formase parte, ni, aunque hubiese parido en poder de un comprador de buena fe, podía ser usucapido” (el subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, en el Digesto también se encuentra la regla de que ni siquiera los adquirentes de buena fe pueden usucapir una cosa hurtada. En opinión de Scévola, el parto de una esclava no forma parte de la esclava hurtada. Pero si se considerara que formare parte de la cosa hurtada, no podría ser adquirido ni siquiera por un adquirente de buena fe. Véase que la regla es clara: los romanos buscaban proteger el derecho de propiedad del legítimo dueño y evitar que el ladrón o el adquirente de éste puedan apropiarse del bien ilegítimamente sacado del patrimonio del propietario.

## IV. La excepción a la regla: adquisición de los frutos de las cosas hurtadas

En el acápite previo hemos analizado la regla del derecho romano justiniano que establece que las cosas hurtadas no pueden ser adquiridas por usucapión, ni siquiera por los terceros de buena fe que pudimos identificar en el Digesto, así como en las Instituciones del emperador Justiniano. Sin embargo, debemos precisar que en nuestra investigación también encontramos fragmentos del Digesto que no guardan coherencia con la regla de derecho antes descrita, los cuales, según nuestro punto de vista, regulan una excepción a la referida regla.

Concretamente, nos referimos al caso de la cría del ganado hurtado que sí puede ser usucapida por un tercero de buena fe (D. 47. 2. 48. 5). Asimismo, el fragmento del Digesto que regula el caso de los corderos nacidos de las ovejas (aun si hubieran sido hurtadas) indica que son frutos y, por tanto, el poseedor de buena fe hace suyos dichos frutos, sin necesidad de usucapirlos (D. 41. 1. 48. 2).

Veamos la regulación de estos dos fragmentos. El primero de ellos, D. 47. 2. 48. 5, expresamente indica:

Si fuera hurtada una esclava embarazada, o si concibió en poder del ladrón, el parto es furtivo, ora sea dado a luz en poder del ladrón, ora en el de un poseedor de buena fe; pero en este último caso deja de tener lugar la acción de hurto; mas si concibió en poder del poseedor de buena fe, y allí pariere, sucederá que el parto no será furtivo, sino que también podrá ser usucapido. Lo mismo que en el parto se ha de observar también en cuanto a los ganados y a sus fetos (el subrayado es nuestro).

Nótese que en este primer fragmento se regula el supuesto de una esclava embarazada, pero se extiende la solución al caso de la cría del ganado. Concretamente, respecto de la esclava embarazada hurtada, o si concibió en poder de ladrón, el parto es furtivo y por tanto no puede ser usucapido. Sin embargo, si da a luz en poder de un poseedor de

buena fe, deja de tener lugar la acción de hurto, y por tanto puede ser usucapido. La misma lógica aplica para la cría del ganado hurtado.

Somos de la opinión de que el fragmento previamente citado nos permite apreciar una excepción a la regla general que es materia del presente trabajo de investigación. Si analizamos concretamente el supuesto de la cría del ganado hurtado, podemos llegar a la conclusión de que las crías constituyen frutos, por lo tanto, le pertenecen al poseedor (adquirente) de buena fe, ergo, es una excepción a la regla de que no se podían adquirir cosas hurtadas.

Esta posición se condice con la regulación del fragmento (D. 41. 1. 48. 2) que expresamente indica: “También son frutos los partos de las ovejas, y pertenecen por lo tanto al comprador de buena fe, aunque hayan sido vendidas o hurtadas estando preñadas. Y a la verdad, no se puede dudar que haga suya también la leche, aunque hayan sido vendidas teniendo llenas las ubres; y el mismo derecho hay respecto a la lana” (el subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, son frutos los corderos de las ovejas o las crías del ganado, y, por tanto, le pertenecen a adquirente de buena fe, aunque la oveja o el ganado hayan sido hurtados. Véase que en este caso el derecho romano justiniano entendía que los frutos le pertenecen al poseedor de buena fe y por este motivo, aunque la cosa fructífera hubiera sido hurtada, esta situación no impedía que el adquirente de buena fe haga suyos los frutos (crías o corderos).

Entendemos que nos encontramos frente una excepción a la regla antes descrita. En estos casos la marca del hurto no alcanza a las crías o corderos de los ganados u ovejas hurtados. Al no haber hurto de por medio es coherente de que se permita que el poseedor de buena fe haga suyos los frutos. Y nótese que en esta excepción se premiaba la actuación de buena fe del poseedor, justamente porque no tenía idea del hurto, a diferencia de la regla general donde la buena fe del adquirente poco importaba para poder usucapir la cosa hurtada.

## V. El caso del parto de la esclava embarazada

En el transcurso de nuestra investigación identificamos el caso de la esclava embarazada que, si bien no es el objeto central de la presente investigación, consideramos importante hacer referencia a este supuesto y mostrar las interesantes discusiones a las que puede llevar este caso problemático. Sobre este asunto, podemos encontrar contradicciones en los siguientes fragmentos: D. 47. 2. 48. 5; I. 2. 1. 37; y D. 20. 1. 15. pr. Veamos el tenor de estos fragmentos, para después poder analizarlos:

Si fuera hurtada una esclava embarazada, o si concibió en poder del ladrón, el parto es furtivo, ora sea dado a luz en poder del ladrón, ora en el de un poseedor de buena fe; pero en este último caso deja de tener lugar la acción de hurto; mas si concibió en poder del poseedor de buena fe, y allí pariere, sucederá que el parto no será furtivo, sino que también podrá ser usucapido. Lo mismo que en el parto se ha de observar también en cuanto a los ganados y a sus fetos (D. 47. 2. 48. 5) (el subrayado es nuestro).

Entre los frutos de los ganados está también la cría, como la leche, el pelo y la lana: y así los corderos, los cabritos, los becerros, los potros, y los lechones, son desde luego por derecho natural del dominio del usufructuario. Mas el parto de una esclava no se considera como fruto, y pertenece por tanto al dueño de la propiedad: pues parecía absurdo que el hombre estuviese en calidad de fruto, cuando la naturaleza ha producido todos los frutos para beneficio de los hombres (I. 2. 1. 37) (el subrayado es nuestro).

15. Gayo; De la fórmula hipotecaria, libro único. También pueden darse en hipoteca las cosas que aun no existen, pero que han de existir, de suerte que los frutos pendientes, el parto de las esclavas, el feto de las reses, y lo que nace, queda obligado en hipoteca; y esto se ha de observar, ya si o sobre el usufructo, o sobre lo que nace, hubiese convenido el dueño del fundo, ya si aquel que tiene el usufructo, como escribe Juliano (D. 20. 1. 15. pr) (el subrayado es nuestro).

Nótese que en D.47. 2. 48. 5 se indica que el parto de una esclava embarazada dejará de ser furtivo si nace en poder del poseedor de buena fe, y, por tanto, puede ser usucapido. Y se indica que lo mismo pasará con las crías de los ganados. En relación a las crías queda claro que son frutos tal como explicamos en el acápite precedente que se condice con I. 2. 1. 37, donde expresamente se indica que entre los frutos se encuentran los corderos, cabritos, becerros, potros y lechones que son frutos y, por tanto, le corresponden al poseedor de buena fe.

Al ser frutos son una excepción a la regla general materia de la presente investigación. La lógica que se encuentra detrás es que los frutos le corresponden al poseedor (adquirente) de buena fe, independientemente de si el bien fructífero fue hurtado. Acá la marca del hurto desaparece y el adquirente de buena fe puede ser dueño de estas cosas. Sin embargo, no podría ser aplicable la misma lógica para los partos de las esclavas, toda vez que en I. 2. 1. 37 se indica que el parto de una esclava no puede ser considerado como fruto, lo cual por lo demás es contradictorio con D. 20. 1. 15. pr, donde se da a entender que hay un listado de frutos que incluye al parto de las esclavas.

Esta situación es apreciada por Alvarado (2003), quien indica que existían posiciones en los juristas romanos como Scevola que seguirían la opinión de Quinto Mucio, que asimilaba al parto de la esclava con los frutos. Aun con esta lógica, no se explicaba como el parto era no furtivo en casos donde nacía en poder del ladrón. Se podría entender que el parto no es parte de la cosa hurtada (es autónoma).<sup>851</sup>

Como se puede advertir, el autor citado permite apreciar la opinión de Scevola. La única forma que podría entenderse que el parto puede ser usucapido es si es considerado como bien autónomo a la madre embarazada. El autor previamente citado da cuenta de este problema analizando dos fragmentos controversiales que son D. 41. 3. 10.<sup>2852</sup> y D.

<sup>851</sup> ALVARADO, *op. cit.*, p. 17.

<sup>852</sup> "Escribe Scevola en el libro undécimo de las Cuestiones, que opinó Marcelo, que, si una vaca se hizo preñada en poder del ladrón, ó en el heredero del ladrón, y pariese en poder del heredero del ladrón, no se podía usucapir por el heredero el becerro enajenado, así como tampoco el parto de la esclava. Pero escribe Scevola, que él opina puede usucapir también el parto, porque el parto no forma parte de la cosa hurtada. Mas si formase parte, ni, aunque hubiese parido en poder de un comprador de buena fe, podía ser usucapido."

47. 2. 48. 5.<sup>853</sup>,<sup>854</sup> Esta situación problemática nos permite concluir que el caso del parto de la esclava embarazada no puede ser considerada claramente como una excepción a la regla estudiada en esta investigación, tanto es así que incluso choca con I. 2. 1. 37, donde se indica que los partos no son frutos, y no podría utilizarse el razonamiento antes explicado para las excepciones que proponemos.

Sin perjuicio de ello, es importante ver detenidamente el fragmento D. 41. 3. 10. 2 que expresamente indica: “(...) Pero escribe Scevola, que él opina puede usucapir también el parto, porque el parto no forma parte de la cosa hurtada. Más si formase parte, ni, aunque hubiese parido en poder de un comprador de buena fe, podía ser usucapido” (el subrayado es nuestro).

Veáse que Scevola opina que el parto de la esclava puede ser usucapido porque no forma parte de la cosa hurtada. En otras palabras, si no es parte de la cosa hurtada no tiene la marca del hurto, ergo, puede ser usucapida. Ante este panorama controversial, somos de la opinión de que si bien había posiciones disparejas respecto de si el parto de la esclava era o no un fruto, lo cierto es que podría explicarse en base a este fragmento que el parto de la esclava no era parte de esta última, y, por lo tanto, podía ser usucapido.

En conclusión, sostenemos que el caso de los corderos de las ovejas y las crías de los ganados sí pueden ser adquiridos por un tercero de buena fe, aunque las cosas fructíferas (ganados y ovejas) hayan sido hurtadas y posteriormente transferidas al adquirente de buena fe. El derecho romano justiniano premiaba la actuación honesta de estos adquirentes ciñéndose, además, a la regla de que los frutos les pertenecen a los poseedores de buena fe.

En buena cuenta, aplicaba la lógica que hemos querido hacer notar en este trabajo: los frutos le corresponden al adquirente de buena fe. Esta

---

<sup>853</sup> “Si fuera hurtada una esclava embarazada, o si concibió en poder del ladrón, el parto es furtivo, ora sea dado a luz en poder del ladrón, ora en el de un poseedor de buena fe; pero en este último caso deja de tener lugar la acción de hurto; más si concibió en poder del poseedor de buena fe, y allí pariere, sucederá que el parto no será furtivo, sino que también podrá ser usucapido. Lo mismo que en el parto se ha de observar también en cuanto a los ganados y a sus fetos.”

<sup>854</sup> *Ibidem*, p. 16-17.

lógica no es precisa para el caso los partos de las esclavas hurtadas que de acuerdo a I. 2. 1. 37 no pueden ser considerados como frutos. Sin embargo, como vimos previamente juristas como Scevola igualmente consideraban que los partos de las esclavas eran diferentes a las madres, por lo tanto, la “marca” del hurto no le alcanzaba, ergo, podían ser usucapidos.

## VI. Conclusiones

1) La usucapión en el derecho romano justiniano era un mecanismo que permitía al poseedor convertirse en dueño. En otras palabras, era una forma de adquirir propiedad. Concretamente, se buscaba premiar al poseedor que había adquirido de un non domino, pero creía que había adquirido del verdadero dueño y se le permitía adquirir el dominio, siempre y cuando cumpliera cabalmente con una serie de requisitos, que son los siguientes: *res habilis*, *bona fides*, *possessio*, *titulus* y *tempus*.

2) En la presente investigación hemos centrado nuestro análisis en el requisito de la *res habilis*, que, en buena cuenta, establece que únicamente pueden ser usucapidas las cosas susceptibles de usucapión. Dentro de las cosas que no podían ser usucapidas se encuentran las cosas muebles hurtadas. Esta es una regla que hemos identificado tanto en el Digesto como en las Instituciones del emperador Justiniano y que alcanzaba incluso a los adquirentes de buena fe, quienes no podía usucapir la cosa hurtada, a pesar de desconocer dicha situación (I. 2. 6. 3; D. 41. 3. 10. 2; D. 41. 3. 4. 6).

3) Creemos que en el Digesto existe una excepción a la regla de que el tercero de buena fe no podía adquirir una cosa mueble hurtada. Puntualmente, nos referimos al caso de los frutos de la cosa hurtada. Las

crías del ganado hurtado y los corderos nacidos de ovejas hurtadas sí podían ser adquiridos por el tercero de buena fe, aunque la cosa fructífera hurtada (oveja o vaca) no pueda ser usucapida, ni siquiera por este adquirente (D. 47. 2. 48. 5 y D. 41. 1. 48. 2). La lógica que se encontraba detrás de la excepción que hemos identificado es que los frutos en el derecho romano justiniano le pertenecen al poseedor (adquirente) de buena fe. Consideramos que se premiaba esta situación subjetiva de creencia y de honestidad *bona fides* y, por este motivo, se permitía que el poseedor de buena fe haga suyos los frutos de las cosas fructíferas, incluso si estas últimas habían sido hurtadas.

4) En el transcurso de nuestra investigación identificamos el caso controvertido del parto de la esclava hurtada que consideramos importante mencionar en el presente trabajo. Puntualmente, ubicamos que existe una controversia y contradicciones en el *Corpus Iuris Civilis*. Únicamente, si se considera que los partos son frutos aplica la lógica estudiada en esta investigación y el adquirente de buena fe se convierte en dueño de dichos partos. Caso contrario, si no son frutos, como se reconoce en I. 2. 1. 37, no puede aplicar dicha lógica.



DERECHO ROMANO  
PRINCIPIOS GENERALES

**UFLO**  
UNIVERSIDAD

El presente libro recupera las ponencias presentadas en el IX Congreso de Principios Generales y Derecho Romano organizado por la Facultad de Derecho de UFLO Universidad y el Instituto de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina "Dr. Ángel Enrique Lapieza Elli", en el mes de octubre del año 2023.

El evento se realiza de forma anual en UFLO Universidad, donde reconocidos expertos tratan distintas aproximaciones a la problemática que los reúne.

