

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

Los bienes y el alcance de los derechos en miras a su protección⁶⁷¹

Por Gabriela Victoria Morel⁶⁷²

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

⁶⁷¹ 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.

⁶⁷² 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.⁶⁷³

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.⁶⁷⁴

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,

⁶⁷³ 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.

⁶⁷⁴ 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*)”.⁶⁷⁵

Por su parte, las cosas de derecho humano públicas presentan una triple clasificación. Por un lado se encuentran las *res communes*,⁶⁷⁶ 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.⁶⁷⁷

En segundo lugar, las *res publicae* son las cosas del *populus romanus*, es decir, que pertenecen al pueblo romano como comunidad organizada.⁶⁷⁸

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.⁶⁷⁹ 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”.⁶⁸⁰ 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*.

⁶⁷⁵ Institutas II. 2. 11 y Digesto 1, 8, 1.

⁶⁷⁶ Inst. 2. 1. 1; D. 43. 1. 1 pr.; D. 1. 8. 2.

⁶⁷⁷ Inst. 2. 1. 3. Se consideraba que las costas del mar llegaban hasta donde se extendían las aguas en las mareas más altas.

⁶⁷⁸ D. 50. 16. 15; D. 1. 8. 1 pr.; Inst. 2. 16; Gayo, 2. 11.

⁶⁷⁹ D. 18. 1. 6 pr.

⁶⁸⁰ 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.⁶⁸¹

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

⁶⁸¹ 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.⁶⁸²

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.⁶⁸³ 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.⁶⁸⁴ Ejercicio abusivo de los derechos cuya caracterización y restricción resultan

⁶⁸² “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).

⁶⁸³ 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.

⁶⁸⁴ 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.⁶⁸⁵

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.⁶⁸⁶ 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”.⁶⁸⁷

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

⁶⁸⁵ 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”.

⁶⁸⁶ 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”,⁶⁸⁸ 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

⁶⁸⁸ 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.⁶⁸⁹

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.

⁶⁸⁹ 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 communes* 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.