UFLO
UNIVERSIDAD

ESTUDIO SOBRE

Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 5

Gabriela Alonsoperez
Mirta Beatriz Álvarez
Cristian Andrade
René Angulo
Mía Agostina Barrionuevo
Laura Bierzychudek
Daniel Gerardo Bonjour
Thiago Yoel Bussolati Covello
Mariela Cáceres
Victoria Cali
Patricio Carvajal Ramírez
Candelaria Corbella
Anabella Facciuto Kaed
María Cristina Filippi
Yamila Francis Fuentes
Juan Carlos Ghirardi
Germán D. Giarrocco
Rodrigo Guelar
Lourdes Llorvandi
Andrea Marlene Luis Asto
Elvira Méndez Chang
Harnold Leo Mendoza Vilcanqui
Laura Micieli
Marilina Miceli
José María Monzón
Patricia Mora
Gabriela Victoria Morel
Leticia Inés Núñez
Pilar Pérez Álvarez
Juan Pérez Carrandi
Diego Quiroz Quiroz
Julieta Salomé Rodríguez
Aldo Santome Sánchez
Mariana Sconda
Claudia Somovilla
Luis Rodríguez Ennes
Ana Vázquez Lemos
Gustavo Adrián Vedia

Universidad de Flores

Rectora
Arq. Ruth Fische

Vicerrectora de Docencia e Investigación
Dra. Analía Verónica Losada

Facultad de Ciencias Sociales

Decano
Dr. Marcelo Salas

Directora de la carrera de Abogacía (Sede Buenos Aires)
Dra. Julieta Rodríguez

Directora de la carrera de Abogacía (Sede Patagonia)
Dr. Ulf Christian Eiras Nordenstahl

Diseño de portada y maquetación: María Cecilia Kowalewicz
Edición: Hernán Cortés

2026.- 830 pág.; 15 x 23 cm.
ISBN: 978-987-710-135-5
DOI: 10.63790/978-987-710-135-5

Octubre de 2026.
© Editorial de la Universidad de Flores



Licencia Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0). Esta licencia permite copiar y redistribuir este material en cualquier medio y formato, dando crédito de manera adecuada, brindar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. No se puede usar con propósitos comerciales. Si el material se remezcla o se transforma, no se podrá distribuir.

Estudio sobre principios generales y Derecho Romano : vol 5 / Mirta Beatriz Alvarez ... [et al.] ;
Compilación de Mirta Beatriz Álvarez. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad de Flores, 2026.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga
ISBN 978-987-710-135-5

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

Índice

Prólogo 11
Mirta Beatriz Álvarez

Crónica del XII Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano 14
Mirta Beatriz Álvarez

Conferencias

Anotaciones preliminares sobre las definiciones romanas de obligación 18
Patricio Carvajal Ramírez

El culto a los muertos en Roma 73
Juan Carlos Ghirardi

***Homo* y *persona* en el derecho romano** 109
Elvira Méndez Chang

El origen romano de los delitos de riesgo y de peligro 167
Luis Rodríguez Ennes

Ponencias

Quintiliano, el derecho de entender del cliente, la retórica y la formación de un buen abogado 203
Gabriela Alonsoperez

***Venire contra factum proprium non valet*: del aforismo latino a la doctrina de los actos propios en el derecho argentino** 242
Mirta Beatriz Álvarez

De la intención común al ajuste equitativo de intereses 259
Laura Bierzychudek

Nadie puede alegar su propia torpeza: el aforismo de Roma en la actualidad 278
Thiago Yoel Bussolati Covello

Principio de equidad: del "dar a cada uno lo suyo" de Ulpiano al artículo 16 de nuestra carta magna 308
Mariela Cáceres

El *Regifugium* o la huida del poder: una reflexión sobre la legitimidad en los orígenes del derecho romano 314
Anabella Facciuto Kaed

Conductas sexuales en Roma: prostitución, lenocinio y alcahuetería 337
María Cristina Filippi

Las islas marítimas y fluviales en el derecho romano 356
Germán D. Giarrocco

Problemas en torno a la Novela 146 de Justiniano 368
Rodrigo Guelar

Aplicación de la *Lex Aquilia* a casos de *immissio* en el derecho romano justinianeo 377
Andrea Marlene Luis Asto

Proceso electoral romano en época republicana 403
Lourdes Llorvandi

La prohibición del pacto comisorio y la adquisición del bien a un precio justo en el derecho romano justinianeo 425
Harnold Leo Mendoza Vilcanqui

Algunas reflexiones sobre el poder político estatal, de Roma a la actualidad 458
Marilina Miceli, Daniel Gerardo Bonjour y Leticia Inés Núñez
(en colaboración con Victoria Cali y René Angulo)

La pervivencia de los principios contractuales romanos en los contratos de adhesión 473
Laura Micieli (directora), Yamila Francis Fuentes, Gustavo Adrián Vedia
(investigadores), Cristian Andrade, Mía Agostina Barrionuevo
y Candelaria Corbella (alumnos colaboradores)

¿Es el derecho romano fuente del derecho argentino? 500
José María Monzón

La recepción del principio de confianza legítima en el ordenamiento jurídico argentino: raíces romanísticas 530
Patricia Mora

El principio de autonomía progresiva en materia de capacidad 560
Gabriela Victoria Morel

***Rebus sic stantibus*: imposibilidad sobrevenida y equilibrio contractual** 575
Pilar Pérez Álvarez

El derecho provincial romano y su jurisdicción penal 614
Juan Pérez Carrandi

La vinculatoriedad del *pactum* innominado y las consecuencias de su incumplimiento en el derecho romano justinianeo 637
Diego Quiroz Quiroz

Daño ambiental y tutela preventiva: antecedentes romanos, jurisprudencia argentina y el nuevo paradigma de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 680
Julieta Salomé Rodríguez

¿Existen límites al derecho al honor de los funcionarios públicos en el derecho romano justinianeo? 717
Aldo Santome Sánchez

Desde las acciones pretorianas romanas *effusis vel deiectis* y de *positis vel suspensis* a la actual responsabilidad civil colectiva receptada en el Código Civil y Comercial argentino 740
Mariana Sconda

De la portería a la aduana: permanencia de principios romanos en la codificación argentina 795
Claudia Somovilla

El hórreo como espacio jurídico de custodia y depósito en el derecho romano 813
Ana Vázquez Lemos

Prólogo

Mirta Beatriz Álvarez

El presente volumen contiene los trabajos presentados en el XII Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano, que se celebró los días 31 de octubre y 1° de noviembre de 2025 con presencia de profesores y especialistas.

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

En estos tiempos resulta imprescindible abandonar la vieja costumbre de limitar el aprendizaje y la investigación jurídica a través de los tradicionales manuales y tratados generales y volcarse cada vez más a buscar auxilio en trabajos monográficos que abordan temas específicos y permiten desarrollar aspectos muy precisos de cada institución.

Es en búsqueda de esos objetivos científicos que se promovieron hace ya más de una década los congresos sobre Principios Generales y Derecho Romano que atrajeron desde sus comienzos a numerosos especialistas. La participación inicial, limitada en un principio a autores argentinos, se fue ampliando a juristas reconocidos de América y Europa, como se puede advertir en estas páginas.

Principalmente a través de los principios generales fueron incluidos temas sobre diversos aspectos de la ciencia jurídica, y podemos brindar en este volumen monografías, ensayos y conferencias de las más diversas ramas del saber jurídico contemporáneo, unidas por su dependencia histórica y esencial de la raíz común de todo el sistema jurídico mundial que, con pocas excepciones, es el derecho romano, vigente hasta el siglo que transitamos.

Todo ello puede comprobarse a través del estudio comparado de la legislación moderna y torna imprescindible que en las universidades y escuelas de derecho de todo el mundo se enseñen e investiguen las obras clásicas, así como la compilación justinianea y el legado proveniente de la riquísima tarea de los juristas romanos.

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

Se encuentran a disposición de los lectores en las páginas que siguen veinticinco trabajos de los disertantes. La obra contiene, indistintamente, contribuciones y ponencias referidas al derecho romano privado y público y su vinculación con los principios generales del derecho; acotaciones e investigaciones sobre el aporte histórico de figuras tan diversas como Quintiliano, Cicerón y Justiniano; y la insospechada influencia directa e indirecta que juristas y personajes del mundo romano y aquellas teorías antiguas ejercieron sobre políticos y juristas modernos.

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

El profesor Patricio Carvajal Ramírez, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, brinda un profundo y minucioso estudio denominado “Anotaciones preliminares sobre las definiciones romanas de obligación”.

Por su parte, el profesor argentino Dr. Juan Carlos Ghirardi, de la Universidad Nacional de Córdoba, jurista de larga trayectoria y presidente emérito de la Asociación de Derecho Romano de Argentina, nos regala su aporte sobre el tema del culto a los muertos en Roma.

A continuación, también integra estas páginas el texto de la profesora Elvira Méndez Chang, de la Pontificia Universidad Católica del Perú que, como siempre a través de su continua presencia en los congresos, cuyas contribuciones se encuentran reseñadas en publicaciones como ésta, da muestras de su especialización en "*Homo* y *persona* en el derecho romano".

Finalmente, y como lo hace año tras año, el reconocido jurista español Luis Rodríguez Ennes, profesor de la Universidad de Vigo (España) y doctor *honoris causa* por UFLO Universidad, nos ha regalado su investigación sobre un tema de suma actualidad: "El origen romano de los delitos de riesgo y peligro".

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

Crónica del XII Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano

Mirta Beatriz Álvarez

Los días 31 de octubre y 1° de noviembre de 2025 se celebró de manera presencial y virtual el "XII 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".

Previo a la inauguración del Congreso, con la presencia de la vicerrectora de Docencia e Investigación, Dra. Analía Losada, la decana emérita, Mg. Cecilia Garau, y la directora de la carrera de abogacía Abg. Julieta Salomé Rodríguez, se le otorgó al profesor Norberto Darío Rinaldi un doctorado *honoris causa* por sus valiosos aportes en la disciplina del derecho romano y su inestimable colaboración con UFLO Universidad. La profesora Mirta Beatriz Álvarez realizó la *laudatio* del homenajeado y se le hizo entrega del respectivo diploma.

Durante la ceremonia de apertura presidida por la decana emérita, se leyó la salutación del profesor 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 "El origen romano de los delitos de riesgo y peligro" para su publicación.

La conferencia inaugural fue pronunciada en forma virtual por el profesor Patricio Carvajal Ramírez, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, sobre el tema "Principios generales: definiciones y reglas en Roma y hoy".

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

Como cierre de la primera jornada, el Dr. Juan Carlos Ghirardi, de la Universidad Nacional de Córdoba y presidente emérito de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA), disertó de forma virtual sobre "El culto a los muertos en Roma".

Por la mañana del segundo día, el Dr. Emiliano Buis (UBA, Conicet, UNICEN) dictó su conferencia sobre "Desajustes y transgresiones del derecho romano en *Menaechmi* de Plauto", la cual no pudimos incluir en este volumen debido a compromisos de su autor.

Promediando la jornada tuvo lugar la conferencia a cargo de la profesora Elvira Méndez Chang, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de manera virtual, titulada "*Homo* como persona en el derecho romano y los retos de algunos sujetos actuales".

Se expusieron y debatieron más 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 distintos puntos de nuestro país y del exterior. Quienes que participaron en forma virtual lo hicieron a través de un video previamente enviado, para evitar problemas de conexión.

Asimismo, hubo un espacio para que diversos equipos de investigación expusieran sus avances. Además de UFLO Universidad, participaron investigadores de la Universidad Kennedy, de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Nacional de La Rioja.

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

Asistieron profesores de las siguientes universidades del país: UBA,

del Salvador, Kennedy, UAI, UCA, de Morón, Nacional de José C. Paz, de San Isidro, de Belgrano, Nacional de Córdoba, Católica de Córdoba, Nacional de La Rioja, Nacional de La Plata, Nacional de Lomas de Zamora, Católica de La Plata, Católica de Salta y Universidad Nacional del Centro (UNICEN). También participaron profesores de la Universidad de Oviedo, de la Universidad de Burgos, de la Universidad Autónoma de Madrid, de la Universidad de Vigo, de la Universidad de Málaga, de La Complutense de Madrid, de la Pontificia Universidad Católica de Perú, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, de la Universidad del Desarrollo de Santiago de Chile, de la Universidad Católica de Temuco y de la Universidad de la República (Uruguay).

Acompañaron el Congreso cuatro presidentes eméritos de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina (ADRA), la secretaria del Instituto de Derecho Romano del Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal y, en forma virtual, participaron dos presidentes eméritos y el vicepresidente actual (en ejercicio de la presidencia) de ADRA y el director del Instituto de Derecho Romano y Cultura Clásica de la Universidad Católica de La Plata. También participaron remotamente el presidente y la secretaria de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM).

El Comité Académico estuvo integrado por Dino Berdini (Universidad Nacional del Sur), José Carlos Costa (UBA, USAL, de Belgrano), Alfredo Gustavo Di Pietro (Universidad Nacional de José C. Paz y Católica de Temuco), Laura Matilde Echenique (Universidad Nacional de Córdoba y Católica de Córdoba), María Cristina Filippi (Universidad Nacional de Córdoba y Católica de Córdoba), Irma Adriana García Netto (Universidad de Buenos Aires), Haroldo Gavernet (Universidad Nacional de La Plata y Católica de La Plata), Laura Liliana Micieli (Universidad Nacional de La Rioja y Universidad Nacional de Córdoba), Néstor Alberto Raymundo (UCA, Universidad Nacional de Lomas de Zamora), Claudia Alicia

Rezek (Universidad Nacional de Lomas de Zamora) y Susana Elena Rocandio (Universidad Nacional de Cuyo).

El comité organizador estuvo integrado por las profesoras Mirta Beatriz Álvarez, Mariana Verónica Sconda, Julieta Salomé Rodríguez y Gabriela Victoria Morel, integrantes del equipo de investigación de UFLO Universidad, y el profesor Norberto Darío Rinaldi, por el Instituto de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina "Dr. Ángel Lapieza Elli".

El evento contó con la adhesión de ADRA. Asimismo, se recibió la apoyo del Instituto de Derecho Romano de la Universidad Católica de Córdoba "Dr. Agustín Díaz Bialet", se contó con el auspicio académico institucional de la Coordinación de Institutos y Actividades Académicas del Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal y de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata y la declaración de interés académico de la Universidad Nacional de La Rioja y de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. También se recibió el respaldo de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM).

Durante el transcurso del Congreso se presentó, en formato electrónico, el libro *Estudio sobre Principios Generales y Derecho Romano. Volumen 4*, que reúne los trabajos presentados en el XI Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano celebrado en 2024.

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

Anotaciones preliminares sobre las definiciones romanas de obligación

Patricio Carvajal Ramírez[1]

I.

Hoy se considera un error de los romanistas de hasta mediados del siglo veinte haber atribuido a los juristas romanos, tardorrepublicanos y alto-clásicos no solo una supuesta ajenidad de los razonamientos basados en definiciones, sino hasta una cierta incapacidad metodológica para definir.

Ese prejuicio, que evidentemente no tiene base en las fuentes,[2] y

[1] Profesor doctor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

[2] Es un prejuicio, porque ese sector de la doctrina olvidaba que el propio Cicerón da testimonio de su admiración por varias de las definiciones de los juristas antiguos (*veteres*). Así, por ejemplo, al laudar a Servio Sulpicio Rufo, en Cicerón, *Brutus* 41. 152: "*…numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere,*

que resulta tan patente en autores como Fritz Schulz,[3] se puede remontar hasta el insigne Savigny, quien, probablemente condicionado por su tenaz oposición a la elaboración de códigos civiles[4] —que no son sino una colección de concisas máximas jurídicas axiomáticas—, negó cualquier relevancia a la elaboración de definiciones y

---

postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia" ("…no hubiera sido nunca suficiente la ciencia jurídica del mismo [Servio], si antes no hubiera aprendido la técnica que enseña a distribuir la cosa universal en partes, a explicar lo latente definiendo, a aclarar lo oscuro interpretando, ver primero lo ambiguo, después distinguir y finalmente elaborar la regla con que se juzgarán las cosas verdaderas y falsas, y de cuyas proposiciones cuáles serán y cuáles no serán sus consecuencias"). Ver CARCATERRA, A. (1966). *Le definizioni del giuristi romani. Metodo mezzi e fini* (pp. 99-103). Jovene

[3] SCHULZ, F. (1953). *History of Roman legal science* (pp. 49-86). Oxford University Press; MARTINI, R. (1966). *Le difinizioni dei giuristi romani* (6-14). Giuffrè; CARCATERRA, *Le definizioni*, *op. cit.*, pp. 23-26; GUZMÁN, A. (2000). *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano* (pp. 115-116). Ediciones del Instituto Juan de Solórzano y Pereyra; STURM, F. (2019) Scientia rerum e scientia iuris. Fatti, linguaggio, discipline nel pensiero giurisprudenziale romano. En MILAZZO, F. (Ed.). *Scientia rerum e scientia iuris. Fatti, linguaggio, discipline nel pensiero giurisprudenziale romano* (pp. 21-22). Giuffrè.

[4] "*alles Recht… durch Sitte und Volksglauben, dann durch Jurisprudenz erzeugt, überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch den Willen des Gesetzgebers*" ("todo derecho… se forma a través de costumbres y de la fe del pueblo, después por medio de la jurisprudencia, por tanto, siempre a través de fuerzas interiores con efectos silenciosos, no por medio de la voluntad del legislador"). Ver SAVIGNI. C. F. von (1814). *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (pp. 13-14). Heidelberg; DU PLESSIS P. (2020). *Modes of Roman legal reasoning in context: a brief survey*. En B. SPAGNOLO & J. SAMPSON (Eds.). *Principle and Pragmatism in Roman Law* (p. 31). Oxford University Press.

reglas durante la experiencia jurídica romana, advirtiendo acerbamente sobre el "peligro de la adhesión incondicional a las mismas".[5]

Todavía un autor erudito, como Riccardo Orestano, describe la importancia de la penetración de la dialéctica griega en los argumentos de la jurisprudencia romana a partir del siglo I a. C. y hasta el siglo I d. C., atribuyéndole una relevancia muy menor a "la investigación de las definiciones, de las cuales los romanos, por otro lado, hicieron un uso muy parco y desconfiado".[6] Otro insigne profesor, Peter Stein,[7] intentaba disminuir la capacidad dialéctica de Servio Sulpicio Rufo, para demostrar que, tras las loas de su amigo Cicerón, se dejaría entrever un ejercicio puramente forense y científicamente menor, pues supuestamente no habría tenido capacidad alguna para generalizar ampliamente grandes categorías, dividirlas en especies y distinguir sus partes, ni para definir o producir *regulae*: "En breve, Servio carecía de autodisciplina. Él mostró cómo podría ser utilizada la dialéctica en el derecho, pero quedó para otros, como Labeón, usarla de una manera coherente y consistente".[8] A su vez, Helmut Coing[9] reconocía el ejercicio de la retórica y la dialéctica entre los

---

5 "*Gefahr der unbedingten Hingebung an dieselben* [*Rechtsverhältnisse allgemeine Formeln*]". Ver SAVIGNI. C. F. von (1840). *System des heutigen römsichen Rechts* (p. 47). Berlin Veit.

6 "*…la ricerca delle definizioni, di cui per altro i Romani fecero un uso assai parco e difidente*". ORESTANO, R. (1987). *Introduzione allo studio del diritto romano* (p. 137). Il Mulino.

7 STEIN, P. (1978). The place of Servius Sulpicius Rufus in the development of Roman legal science. En H. LANGE, et al. (Eds). *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag* (pp. 176-178 y 184).

8 "In short, Servius lacked self-discipline. He showed how dialectic could be used in the law, but it was left to others, like Labeo, to use it in a coherent and consistent manner". STEIN, *The place*, *op. cit.*, p. 184.

9 COING, H. (1953). Zur Methodik der republicanischen jurisprudenz: Zur

juristas republicanos, pero calificaba los resultados de éstos como más bien rudimentarios e incomparables con los de la jurisprudencia deductivo-conceptual (*bregrifflichdeductiven Jurisprudenz*) de la pandectística.[10] Esto último no se pretende aquí rebatir, pues nadie dudaría de ello, considerando el método casuista y práctico de los juristas romanos, determinado por la tipicidad de las acciones, lo que no obstante —y este es el punto central— tampoco permite excluir o minimizar el profundo conocimiento y aplicación de *definitiones* de estos juristas de inicios de la época clásica.[11]

Entstehung der grammatisch-logishen Auslegung. En *Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo Insegnamento* (pp. 365-388). Jovene; COING, Zur Methodik, *op. cit.*, p. 388.

[10] Ibidem, *op. cit.*, p. 388.

[11] En esto se puede compartir en buena medida las conclusiones de Du Plessis sobre el estudio de la argumentación de los juristas romanos: "*…there is little to be gained from a Pandectist discourse concerning the modes of legal argumentation of the Roman jurists. Both the Pandectists and their intellectual successors, the Legal Positivists, were not interested in juristic controversies. Rather, they were focused on creating unambiguous rules of law, freed from any context and with a sufficient level of abstraction to be utilised across time and space. The downside of this approach, as pointed out by early legal realists such as Jhering, was that the rules themselves became 'otherworldly' and without any thought being given to their 'utility' in the real world. In order to understand the modes of reasoning of the Roman jurists, therefore, a jurist-focused approach is required. This necessarily involves an acceptance that the Roman legal order was different from a modern legal system. It was a more 'open' system, as Winkel has shown, which did not have a hierarchy of sources or, indeed, a theory of legal argumentation. It is this 'openness' that should form the basis of any further discussions concerning modes of argumentation of the Roman jurists. And when it comes to 'openness' context matters*" ("…hay poco que obtener del discurso Pandectista concerniente a las formas de argumentación de los juristas romanos. Ambos, pandectistas y

Hoy, tal perspectiva de la doctrina romanista es considerada una exageración, y se estima que testimonios de finales del siglo I d. C., como el de Javoleno, *11 epistularum*, D. 50. 17. 202: *"Omnis definitio in iure civili periculosa est: [parum] rarum est enim, ut non subverti posset"* ("Toda definición es peligrosa en el derecho civil: pues [hay poco] es raro que no pueda ser subvertido"), no indican que los juristas no utilizaran las definiciones,[12] sino todo lo contrario: que las utilizaban intensamente,[13] y de allí que no resultara superfluo ni para Javoleno acuñar esta máxima ni tampoco para los comisarios justinianeos compilarla.

Es en ese contexto intelectual que Javoleno advierte la "variabilidad" de las definiciones, por su valor eminentemente referencial

---

sus sucesores intelectuales, los positivistas legales, no estuvieron interesados en las controversias de los juristas. Más bien, estuvieron preocupados en crear reglas de derecho sin ambigüedades [inequívocas], liberadas de cualquier contexto y con suficiente nivel de abstracción para ser usadas a través del tiempo y del espacio. La desventaja de esta aproximación, como fue puesta de relieve por realistas del derecho tempranos, como Ihering, fue que las mismas reglas se hicieron 'extraterrestres' y carentes de cualquier reflexión sobre su 'utilidad' en el mundo real. En orden a comprender las formas del razonamiento de los juristas romanos, por consiguiente, se necesita una aproximación centrada en el jurista. Esta necesariamente comprende la aceptación de que el ordenamiento jurídico romano fue diferente de un sistema jurídico moderno. Fue un sistema más 'abierto', como ha mostrado Winkel, el cual no tuvo una jerarquía de fuentes o, de hecho, una teoría de la argumentación jurídica. Es esta 'apertura' la que debería estar en la base de cualquier consiguiente indagación sobre las formas de argumentación en los juristas romanos. Y es importante cuándo se llegó a esta apertura"). DU PLESSIS, *Modes*, *op. cit*., p. 36.

[12] Cicerón, *de orat.* 2.108-109.

[13] MARTINI, *Le difinizioni*, *op. cit*., pp. 6-14.; A. Carcaterra, *Le definizioni*, *op. cit*., pp. 23-26; GUZMÁN, *Historia*, *op. cit*., pp. 115-116.

(o inferencial), lo que no significa haber afirmado su "labilidad" ni menos llamar a su abandono o exclusión metodológica, como si dijera "las definiciones se deben evitar porque son peligrosas para el derecho civil mismo".[14] Su máxima sobre las definiciones (que es en sí también una definición) constituye en realidad una refinada orientación técnica para la utilización adecuada y funcional (prudencial y pragmática) de las definiciones que eran necesarias en los muchos razonamientos jurídicos que se servían de ellas.[15]

Así, no se puede retrasar en demasía la penetración de reglas y de definiciones ni de las generalizaciones dialécticas en el trabajo de los juristas romanos[16] ni tampoco es correcto subvalorar su papel en

---

[14] CARCATERRA, *Le definizioni*, *op. cit*., pp. 23-38.

[15] De forma similar a lo que aconseja Paulo sobre la "regla de derecho", en Paulo, *16 ad Plautium*, D. 50.17.1: "*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum*" ("Regla es la que narra brevemente un asunto. El derecho no se extrae desde la regla, sino que desde el derecho lo que se haga regla. Por tanto, se entrega por la regla una breve narración de los hechos y, como afirma Sabino, es como una relación de la causa, la cual apenas está viciada en algo pierde la virtud de su utilidad"). Este pasaje contiene, por cierto, una "definición" de regla y, por lo demás, las reglas son en sí mismas una especie dentro del género retórico de las definiciones (*definitiones* y *regulae* son los respectivos equivalentes latinos de las herramientas dialécticas de los *hóroi* y los *kanónes*). Los juristas romanos, dados sus fines prácticos, escapaban del "pirronismo" de los escépticos que *nihil constituunt* (nada determinan), porque *alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur* (de otro modo, muchas de aquellas cosas que son ciertas las subvertirían). Cfr. Neracio*, 6 memb.*, D. 1. 3. 21, Juliano, *86 dig.*, D. 9. 2. 51. 2, Celso, *23 dig.*, D. 1. 3. 39, Juliano, *27 dig.*, D. 1. 3. 15. Ver CASAVOLA, F. (2011). *Giuristi adrianei* (pp. 42-43). L´Erma.

[16] Así ocurre, por ejemplo, con la distinción entre *ius civile* y *ius gentium*, que no

aparece sino hasta los escritos de juristas del siglo II d. C. Pero ello no pareciera permitir afirmar que no se conociera su distinción hasta ese momento, sino solo que más bien las fuentes dan la impresión de que era menos necesario para esos juristas hacer la distinción de forma tan tajante como nos resulta a nosotros necesario hoy. No hay que esperar, por tanto, hasta el siglo II d. C., con la famosa distinción de Gayo *Institutiones* 1. 1.: "*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. Quae singula qualia sint, suis locis proponemus*" ("Todos los pueblos que se rigen por las leyes y costumbres, usan como derecho en parte el suyo propio, en parte el común a todos los hombres: Pues, lo que cada pueblo constituye como derecho para sí, es el propio de este mismo y se llama derecho civil, como derecho propio de la ciudad; en cambio, lo que la razón natural constituyó entre todos los hombres, es lo que se custodia ante la mayoría de todos los pueblos y se llama derecho de gentes, como el que se usa entre todas las gentes. Y así, el Pueblo Romano, en parte usa de su derecho propio y en parte del derecho común a todos los hombres. De los que propondremos en sus lugares cuáles sean singularmente"). La contraposición es nítida ya en Cicerón, *de officiis* 3. 17. 69, quien la atribuye además a los primeros juristas laicos: "*Maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt; quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet*" ("Los antiguos quisieron que una cosa fuera el derecho de gentes y otra el derecho civil; lo civil no debe ser lo mismo que el de gentes, pero el de gentes sí debe ser lo mismo que el civil"). Lo que pareciera ocurrir en los juristas de esta primera parte de la época clásica es que, desde una perspectiva general, nominalmente se ocupaban del *ius civile*, pero esto sin querer aplicar una exclusión sino solo porque entendían que el término envolvía todo el espectro del ordenamiento jurídico romano. En tal sentido, comentaban materias propias del *ius honorarium*, sin referirse a él como un ordenamiento autónomo. Por ejemplo, Quinto

época clásica, como si el reconocimiento de las raíces griegas de estas herramientas debilitara en algo el carácter puramente romano de la ciencia jurídica creada por sus juristas.[17]

Mucio trataba los interdictos posesorios, una de las más conocidas creaciones pretorias (Ulpiano, *71 ad edictum*, D. 43. 24. 1. 5; Ulpiano, *70 ad edictum*, D. 43. 24. 5. 8). En realidad, pareciera que los juristas no veían esos dos ordenamientos como dos cosas esencialmente distintas, simplemente consideraban la actividad del pretor, por la que el derecho se ponía en efecto, como la *viva vox* del derecho civil. Y otro tanto de lo mismo debe decirse del *ius gentium*, que en esta época florece con fuerza en sus aspectos centrales, pero que es comentado, por ejemplo, nuevamente por Quinto Mucio en sus 18 libros sobre el "*ius civile*", sin que tampoco se haga la distinción; como ocurre con el contrato de sociedad (Ulpiano, *30 ad Sab.*, D. 17. 2. 9. 11, Paulo, *6 ad Sab*., D. 17. 2. 30 y Gayo, *Institutiones* 3.149); ello, además de otros fragmentos de Quinto Mucio utilizados por los compiladores sobre la compraventa (Celso, *8 digestorum*, D. 18.1.59; Venuleyo, *16 stip.*, D. 21. 2. 75; Ulpiano, *28 ad Sab*., D. 18. 2.11. 1, 18. 2. 13 pr; Pompomnio, *31 ad Quintum Mucium*, D. 18. 1. 66. 2 y D. 19. 1. 40; Paulo, *50 ad Ed.*, D. 40. 12. 23 pr). Esta falta de diferenciación por los juristas romanos (*ius civile*, *ius gentium*, *ius honorarium*) no puede ser atribuido a su desconocimiento, sino simplemente a razones prácticas: no requerían contraponer unos ordenamientos a otros conforme a su método de elaboración del derecho, al discutir la acción aplicable. Esto fue un gran acierto explicativo de Lauria y Betti. Ver LAURIA, M. (1956) *Ius: visioni romane e moderne* (pp. 243-244). Jovene y BETTI, E. (1927). La nascita del diritto nella "iurisdictio" del pretore romano. En *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento* (pp. 102-103). CEDAM; D'ORTA, M. (1990). *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato. Primi studi su C. Trebazio Testa* (pp. 24-25). Jovene; STURM, F. (1997). Exclusivisme et personnalisme dans l'Antiquité classique et à l'époque barbare. Réception ou évolution parallèle? En *Nozione Formazione e Interpretazione del Diritto. Ricerche dedicate a F. Gallo* (337-340). Jovene.

[17] También en esto tuvo un importante influjo, Fritz Schulz, quien atribuyó la recolección de reglas al período postclásico en el mundo oriental del Imperio. Ver.

Como es muy sabido, por el relato de Pomponio, *Enchiridion* D. 1. 2. 2. 41, el primero de estos juristas tardorrepublicanos en hacer una reunión de conjunto y sistemática del derecho existente hasta su época fue Quinto Mucio: "*Post hos Quintus Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primus constiuit generatim in libros decem et octo redigendo*" ("Después de estos, Quinto Mucio Escévola, hijo de Publio, pontífice máximo, fue el primero que constituye por géneros el derecho civil, reordenándolo en dieciocho libros").[18] Aquí *redigere*, como *digere*, significa "hacer una síntesis", pero síntesis ante todo producida por la ordenación racional de las materias, como sinónimo de *dispositio*, porque etimológicamente *re-digere* viene de *res disponere generatim* (disponer las cosas generalizando), que es el sentido en que se habla de "sistemática" en la experiencia jurídica romana.[19]

Claro que Quinto Mucio Escévola[20] no solo realizaba operaciones de *divisiones* en géneros y especies ni aplicaba a estos las pertinentes *partitiones*, para distinguir las partes de un todo, sino que por supuesto utilizaba el signo de frontera para tales diferenciaciones: la *definitio*. Es más, compuso un libro monográfico, con título en griego (*hóron*), sobre las *definitiones*, un *liber singularis definitionum*, que fue compilado por los comisarios justinianeos.[21]

SCHULZ, F. (1941). A collection of roman legal maxims on papyrus. *Journal of Roman Studies*, (31), 63-69.

[18] "*Constituere*" como determinación del derecho es un término también tomado de la filosofía griega. Ver CASAVOLA, *Giuristi*, *op. cit*., p. 42.

[19] ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., pp. 133-135; VACCA, L. (2012). *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni* (pp. 52, 62 y 63). Giappichelli.

[20] KUNKEL, W. (1967). *Die römischen juristen. Herkunft und soziale Stellung* (p. 18). ⌈Böhlau.

[21] LENEL, O. (1889). *Palingenesia iuris civilis*. Volumen prius. Col. 762 y 763 (nº 45 a 50). Officina B. Tauchnitz.

Así, en esa obra y en otras suyas encontramos un buen número de sus definiciones. Por ejemplo, en Quinto Mucio Escévola, *liber singularis hóron*, D. 50. 16. 241: *"In 'rutis caesis' ea sunt, quae terra non tenentur quaeque opere structili tectoriove non continentur"* ("En [la cláusula] 'excavadas y cortadas' están aquellas cosas que no están afirmadas en la tierra, entre las cuales no se comprenden las obras de construcción o de estuco"). A la que puede añadirse otra cita, de evidente correspondencia con la anterior, utilizada para interpretar la misma cláusula contractual, Pomponio, 31 *ad Quintum Mucium*; D. 18. 1. 66. 2: *"Quintus Mucius scribit, qui scripsit 'ruta caesa' quaeque aedium fundive non sunt, bis idem scriptum: nam ruta caesa ea sunt quae neque aedium neque fundi sunt"* ("Quinto Mucio escribe, que si se ha escrito 'excavadas y cortadas, las cuales no están en el edificio o el fundo', ha escrito dos veces lo mismo: pues, son excavadas y cortadas aquellas cosas que no son ni del edificio ni del fundo"). En otras ocasiones, con clara base dialéctica pero con el propósito práctico de encontrar la adecuada solución jurídica, señala casos en que aplica a la vez una *definitio* y una *partitio*, como, por ejemplo, en Paulo, *21 ad Ed.*, D. 50. 16. 25. 1: *"Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari"* ("Quinto Mucio afirma que el nombre 'parte' significa la cosa pro indiviso [en común]: pues, lo que se hace nuestro pro diviso [adjudicado por división], aquello no es la parte sino el todo. Servio no inelegantemente dice que el nombre 'parte' significa ambas").[22]

[22] Otros ejemplos son: Pomponio, *2 ad Quintum Mucium*, D. 50. 16. 118: "'*Hostes' hi sunt, qui nobis aut quibus nos publice bellum decrevimus: ceteri 'latrones' aut 'praedones' sunt*" ("'Enemigos' son aquellos que a nosotros o que nosotros a aquellos decretamos públicamente la guerra: los demás son 'ladrones' o 'predadores'"); Ulpiano, *71 ad edictum*, D. 43. 24. 1. 5, en que este se pregunta qué se ha de

entender por "hecho con violencia" (*vi factum*) en materia interdictal, y dice "*…vi factum videre Quintus Mucius scripsit, si quis contra quam prohiberetur fecerit: et mihi videtur plena esse Quinti Mucii definitio*" ("… pareciera hecho con violencia, ha escrito Quinto Mucio, si lo hiciera aquel contra quien se hubiera prohibido: y a mí me parece ser plena la definición de Quinto Mucio"); y así también en el mismo Ulpiano, *70 ad edictum*, D. 43. 24. 5. 8: "*Haec verba 'quod vi aut clam factum est' ait Mucius ita esse 'quod tu aut tuorum quis aut tuo iussu factum est'*" ("Estas palabras 'lo que está hecho con violencia o clandestinidad', dice Mucio ser así 'lo que es hecho por ti o, por alguno de los tuyos o, por tu orden'"). Por otra parte, sobre la interpretación del testamento en materia de legados, Ulpiano, *44 ad Sab*. D. 34. 2. 27 pr: "*Quintus Mucius libro secundo iuris civilis ita definit argentum factum vas argenteum videri esse*" ("Quinto Mucio en el libro segundo del derecho civil define así, plata manufacturada se considera el vaso de plata"), y a su vez su definición vuelve a ser utilizada por Ulpiano, *20 ad Sab.*, D. 34. 2. 19. 9-10: "*Argento facto legato Quintus Mucius ait vasa argentea contineri, veluti parapsidas acetabula trullas pelves et his similia, non tamen quae supellectilis sunt.* 10. *Sed cui vasa sint legata, non solum ea continentur, quae aliquid in se recipiant edendi bibendique causa paratum, sed et quae aliquid sustineant: et ideo scutellas vel promulsidaria contineri. Repositoria quoque continebuntur: nam vasorum appellatio generalis est, dicimus vasa vinaria et navalia*" ("Por legado de plata manufacturada, Quinto Mucio afirma que se incluye los vasos de plata, por ejemplo, las bandejas, los acetabulares, espumaderas, fuentes y similares a éstas, no, sin embargo, las que son ajuar de la casa. 10. Pero a quien son legados los vasos, no solo comprende aquellos que están preparados para recibir en sí para comer y para beber, sino también los que sostienen algo; y por ello se comprende las escudillas o bandejas de entrantes. Los repositorios también se comprenden: pues, 'de los vasos' es una denominación general, decimos vasos de vino y navales"). Todavía en la interpretación de los legados, Ulpiano, *22 ad Sab.*, D. 33. 9. 3 pr: "*Qui penum legat quid legato complectatur, videamus. Et Quintus Mucius scribit libro secundo iuris civilis penu legata contineri, quae esui potuique sunt. Idem Sabinus libris ad Vitellium scribit: quae harum, inquit, patris familiae uxoris liberorumve eius vel familiae, quae circa eos esse solet, item*

Descartada hasta aquí la presunta prescindencia de las definiciones por parte de los juristas romanos republicanos, con una mínima muestra, meramente ilustrativa, se puede avanzar hacia la definición de *obligatio* a la que los juristas republicanos y altoimperiales también contribuyeron en alguna medida.[23] Básicamente es por este cambio de perspectiva que se ha abandonado los apriorismos por los que la doctrina romanista de la primera mitad del siglo XX[24] señalaba, sin

---

iumentorum, quae dominici usus causa parata sunt" ("Veamos que se entiende legado cuando se lega la provisión. Y Quinto Mucio escribe en el libro segundo del derecho civil, que se comprende como la provisión legada, las que son para comer y para beber. Lo mismo escribe Sabino en el libro sobre Vitelio: las que de éstas, dice, son para el padre de familia, la mujer o los hijos de éste o de la familia, las que suelen tener para ellos, además, los animales que están preparados para el uso doméstico"); Pomponio, *9 ad Quintum Mucium*, D. 34. 2. 34. 1: "*Item scribit Quintus Mucius, si maritus uxori, cum haberet quinque pondo auri, legasset ita: "Aurum quodcumque uxoris causa paratum esset, uti heres uxori daret", etiamsi libra auri inde venisset et mortis tempore amplius quam quattuor librae non deprehendentur, in totis quinque libris heredem esse obligatum, quoniam articulus est praesentis temporis demonstrationem in se continens. Quod ipsum quantum ad ipsam iuris obligationem pertineat, recte dicetur, id est ut ipso iure heres sit obligatus*" ("También escribe Quinto Mucio, si el marido a la mujer, como si hubiera tenido las 5 libras de oro, legara así: 'Todo el oro que hubiera estado destinado para la mujer, dé el heredero a la mujer', incluso si hubiese venido a faltar una libra de oro y al tiempo de la muerte no tuviera más que cuatro libras, el heredero está obligado en el total de las cinco libras, porque el artículo contiene en sí una demostración en el tiempo presente. Lo mismo corresponde en cuanto a la obligación de derecho misma, se dice rectamente, esto es, que por el mismo derecho esté obligado el heredero"). Ver COING, *Zur Methodik*, *op. cit*., pp. 368, 370, 375, 376.

[23] SCHULZ, *History*, *op. cit*., p. 67.

[24] SCHERILLO, G. (1971). Le definizioni romane delle obbligazioni. En *Studi in Onore di Giuseppe Grosso* (p. 98). Volumen 4. Giappichelli.

más, que los romanos no conocieron una definición abstracta de la obligación, sino que en su sistema operaban de forma casuista con una multiplicidad de obligaciones en particular que no reconducían a una definición general,[25] y que habrían sido los justinianeos quienes habrían generalizado por medio de interpolaciones los textos que trataban casos particulares. Al contrario, se debe indagar en los textos disponibles sobre la presencia de algunas indicaciones que permitan vislumbrar el grado de abstracción que se atribuyó a la *obligatio*. Vamos a tocar este punto también con relación a Quinto Mucio Escévola. Pero, para ello, antes haremos un salto enorme en el tiempo hasta llegar a la obra del emperador Justiniano, sobre cuyos precedentes dogmáticos versa esta exposición.

II.

Justiniano nos entrega la famosa definición de "obligación" que se encuentra en *Institutiones* 3. 13 pr: "*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*" ("la obligación es el vínculo jurídico, por cuya necesidad constreñimos a alguno al pago de una cosa, según los derechos de nuestra ciudad").

No es en absoluto exagerado sostener que este fragmento constituye *"el texto jurídico latino más universalmente conocido"*[26], pues se trata del más conspicuo y paradigmático caso de definición

[25] PEROZZI, S. (1903). *Le obbligazioni romane: prolusione letta nel 1902* (pp. 8-12) Ditta Nicola Zanichelli; ARANGIO-RUIZ, V. (2006). *Istituzioni di diritto romano* (pp. 288-290). Jovene.

[26] ALBANESE, B. (1984). Papiniano e la definizione di 'obligatio' in J. 3, 13 pr. *SDHI*, (50), 168.

romana,[27] que desde el *ius commune* y hasta la segunda codificación italiana (1942) fungió de forma incontrastada como la definición "oficial y verdadera" de la obligación para autores y legisladores,[28] la cual sigue irradiando su *vis expressiva* hasta hoy.

Hasta donde sabemos por la noticia directa de las fuentes, la definición no fue tomada en su literalidad desde las *Institutiones* de Gayo,[29] como en principio se podría haber imaginado, dado que ése era su modelo de texto didáctico. Sin embargo, esto no implica que los precedentes de la definición de *obligatio* como *vinculum iuris* necesariamente queden circunscritos a la época posclásica o justinianea,[30] aunque tampoco pueda extremarse el asunto hasta pretender, a pesar del silencio de las fuentes, que su formulación (no solo su dogmática) necesariamente podría haber sido construida a partir de algún exacto modelo previo en época clásica.[31] Más bien, lo que sí se puede afirmar, atendiendo al panorama de las (escasas) fuentes disponibles, es que puede observarse desde temprano en la época clásica un alto nivel de abstracción que habría contribuido a la progresiva acumulación aluvional del conocimiento jurídico que permitió la formulación final de la definición de la obligación como un *vinculum iuris*.

Se debe señalar desde ya que no hay fundamentos para admitir la tesis de Contardo Ferrini,[32] depurada a principios del siglo XX, quien

---

[27] FALCONE, G. (2003). *Obligatio est iuris vinculum* (p. 5). Giappichelli.

[28] CANNATA, C. A. (2011). Le definizioni romane dell''obligatio'. Premesse per uno studio della nozione di obbligazione. En L. VACCA (Ed.). *Scritti Scelti di diritto romano* (pp. 321-323). Vol. I. Giappichelli.

[29] KUNKEL, *Die römischen juristen*, *op. cit*., pp. 186-213.

[30] SCHULZ, *History*, *op. cit*., pp. 66-67.

[31] Ver BALDUS, C. (2012). I concetti di res in Gaio, tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del praetor urbanus. *AUPA*, (55), 47.

[32] FERRINI, C. (1929). *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*. En E. ALBERTARIO

señalaba que, aunque la fuente principal de las *Iustiniani institutiones* 3. 13 son las *res cottidianarum* del mismo Gayo, en el preciso punto tratado en *pr*, sobre la definición del "*vinculum iuris*", podría haber sido tomado de las *Institutiones* de Florentino. Es verdad, de cualquier manera, que el propio Ferrini ponía inmediatamente un signo de interrogación, "*F. ?*", para dejar muy claro que se trataba solo de una conjetura. Explicaba que, más allá de la matriz gayana de aquel fragmento, en su opinión la *definitio obligationis* no podía provenir de Gayo porque él no introducía los temas definiendo (Ferrini tiene una idea más restringida de *definitio*), sino que entraba de inmediato en la clasificación de las materias a tratar (por ejemplo, en *Institutiones* 1. 142; 2. 192; 2. 246; y, específicamente en materia de obligaciones, 3. 88). En cambio, Florentino sí tenía inclinación a definir y, además, a recurrir a la etimología, todo lo cual, para Ferrini, estaba presente en la *definitio obligationis*, como elemento histórico, en el uso de los términos "*Obligatio est… vinculum, quo… adstringimur*".[33] La base de su aserción es, como se ve, muy frágil e inconcluyente. No hay ningún antecedente positivo que pueda sugerir, siquiera como indicio, que Florentino haya concebido específicamente la *obligatio* como *vinculum iuris*. La razón de Ferrini para descartar que la *definitio* sea original de los justinianeos (Triboniano, Teófilo y Doroteo) y, a cambio, buscar algún modelo desconocido, se debe a circunstancias tan poco determinantes como que, por una parte, la comisión justinianea tuvo muy poco tiempo para componer la obra y, por el otro, su naturaleza no era de una obra original sino que declaradamente consistió en una recopilación de doctrinas institucionales y de otros textos (como se indica en la constitución Tanta, Dédoken y en el Proemio 6. de las *Institutiones*

(Ed.). *Opere di Contardo Ferrini* (pp. 101-207), Vol. 2, Studi sulle fonti di diritto romano. Giuffré.

[33] *Ibidem*.

que declara como sus modelos principales las *Institutiones* y las *res cottidianarum* de Gayo).

Por su parte, Arangio-Ruiz[34] supuso que la definición provendría de algún glosema postclásico a Gayo, y bajo tal hipótesis criticaba su excesiva generalidad, por la cual más bien se definiría el concepto más amplio de deber jurídico, además de su supuesto carácter tautológico. En efecto, Arangio-Ruiz sostenía que "*alicuius solvendae rei*" era una total incorrección porque reducía el contenido de la obligación solo a las de dar alguna cosa y omitía las demás prestaciones. Nada de esto puede seguirse, por cuanto el propio Arangio-Ruiz sabía que tal lectura no es la única posible,[35] sino que se puede entender (y éste es el verdadero sentido) que este *aliquid solvere* significa "hacer el pago de algo", aunque en este sentido él mismo arremetía contra la definición declarándola tautológica: "(…) decir que la obligación nos constriñe a hacer un pago es lo mismo que decir que la obligación debe ser cumplida; pero ésta no es una verdadera definición".[36] Sin embargo, el error de Arangio-Ruiz fue, como ha sido aclarado por Cannata,[37] que en la definición no se dice que la obligación sea un vínculo entre los sujetos por el cual se deba pagar al acreedor, como si se dijera que la *obligatio* "ata" y la *solutio* "desata" (lo que sí sería tautológico), sino que la *definitio obligationis* de Justiniano establece que es un vínculo entre los sujetos pero que recae en una cosa (en su amplia acepción por la que cabe cualquier objeto de la obligación)

---

[34] De hecho, Arangio-Ruiz especula que pudo haber sido elaborada por un glosador postclásico de Gayo, para lo que, por supuesto, falta cualquier antecedente y más bien operan muchos prejuicios. Ver ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, *op. cit*., p. 283.

[35] FALCONE, G. (2003). *Obligatio est iuris vinculum* (pp. 134-144). Giappichelli.

[36] "*…dire che l'obbligazione ci costringe a fare un pagamento è quanto dire che l'obbligazione dev'essere adempiuta; ma questa non è davvero una definizione*". Ver ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, *op. cit*., p. 284.

[37] CANNATA, *Le definizioni*, *op. cit*., pp. 329-330.

que debe ser pagada. Esto, lejos de ser superfluo, es una importante indicación sobre la naturaleza ideal de ésta y su ejecución patrimonial.

Por otro lado, tampoco parece atendible que se atribuya la formulación "obligatio est iuris vinculum" a Gayo, ya sea en sus Institutiones o en sus res cottidianarum.[38] Hay autores que, para anticipar los elementos de la definición de las Instituciones de Justiniano 3. 13 pr., se esfuerzan por pesquisar las palabras de esta definición en Gayo, recurriendo a las Institutiones 3. 87, sobre cesión de herencia (necessitate adstringi), o a su tratamiento del pago, en Institutiones 3. 168 (solutio eius quod debeatur), junto con Institutiones 4. 2 (dare facere praestare oportere),[39] que será analizado más abajo. Pero la cuestión no se trata de encajar un puzzle de palabras cruzadas y ya. Estas coincidencias lingüísticas no quieren decir nada por sí solas (aparte del hecho consabido de formar todos estos juristas parte de una cultura jurídica común, no obstante sus diferencias individuales), sin que ello lo aproxime en absoluto a la definición de Justiniano.

III.

Si retrocedemos en el tiempo hasta la etapa final de la época clásica, a inicios del siglo III d. C., encontramos una segunda definición de obligación perteneciente al jurista Paulo,[40] también destinada a fines isagógicos, pues está extraída del segundo libro de su propio manual de instituciones, Paulo, *2 Institutionum*, D. 44. 7. 3. pr.:

---

[38] FALCONE, *Obligatio*, *op. cit.*, pp. 117-133.

[39] QUADRATO, R. (1979). *Le institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvi* (pp. 165). Jovene.

[40] KUNKEL, *Die römischen juristen*, *op. cit.*, pp. 244-245.

"Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum" ("La substancia de las obligaciones no consiste en que haga nuestro algún cuerpo o servidumbre, sino en que constriña a alguien para con nosotros a dar algo, o a hacer o a prestar").

En Paulo se contrapone la adquisición por la que alguna cosa corporal o una servidumbre se hace nuestra (*aliquod corpus aut servitutem nostram faciat*), y la obligación, que consiste en que se constriña a alguien (*alium abstringat*) para con nosotros (*nobis*) a algo (*aliquid*), ya sea para darlo, hacerlo o prestarlo (*ad dandum… vel faciendum vel praestandum*).

No parece decisiva ni persuasiva la crítica de interpolaciones que afirma para el texto de Paulo, que *faciat* y *obstringat*, en singular, ponen como sujeto correspondiente la *substantia*, y que supuestamente estaría mejor elaborada la oración dejando como sujeto las *obligationes*, de manera que se requeriría del verbo en plural *faciant* y *obstringant*.[41] Porque en D. 44. 7. 3 el sujeto de la oración es precisa e indudablemente la *substantia* de las obligaciones, puesto que tal noción abstracta constituye el punto de referencia para la comparación de la que se extrae la *de-finitio* de la obligación. De un lado, se pone como proposición la adquisición del dominio o de una servidumbre y, del otro, se contrapone la proposición del contenido prestacional de la obligación. Así, negándose la primera y afirmándose la segunda, mediante un razonamiento por exclusión típico de la dialéctica, se obtiene como resultado que la *susbtantia obligationis*

[41] PEROZZI, *Le obbligazioni*, *op. cit.*, p. 12; MARCHI, A. (1916). Le definizioni romane dell'obbligazione. *Bullettino dell'istituto di Diritto Romano*, (29), 8-9; FALCONE, G. (2011). Sistematiche gaiane e definizioni di obligatio, En L CAPOGROSSI COLOGNESI & M. F. CURSI (Eds). *Obligatio-Obbligazione. Un confronto interdisciplinare* (p. 21). Jovene.

es que alguien sea constreñido a dar, hacer o prestar (*ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*).

En el pasaje paulino, la *substantia* significa aquello más característico de las obligaciones, la *natura obligationis*. A esta *substantia obligationis* se refiere el mismo Paulo, *56 ad Ed.*, D. 46. 3. 54: "*Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem*" ("La palabra 'solución' corresponde a toda liberación hecha de cualquier modo y más se refiere a la substancia de la obligación que al pago de dinero").[42] De acuerdo con esto, la *substantia* de las obligaciones se refiere ante todo al cumplimiento de la prestación debida, que produce la "liberación" del deudor, cualquiera que sea el modo que se produzca,[43] más que a la consecuencia de su incumplimiento, que consiste en pagar (*solvere*) dinero impuesto por una *condemnatio pecuniaria*.[44] Así, retornando a la definición de la obligación, es muy seguro que para Paulo la

[42] FALCONE, G. (2017). *La definizione di obligatio. Tra diritto e morale. Appunti didattici* (p. 63). Giappichelli.

[43] Falcone describe lo mismo como la "cooperación del deudor", pero éste es un anacronismo en que se imposta el actual sentido italiano de obligación. Ver FALCONE, *La definizione*, *op. cit.*, p. 63.

[44] Como se sabe gracias a las dos célebres obras de Lenel, este libro del comentario al edicto del pretor se dedicaba el edicto *36º. De re iudicata* (sobre la cosa juzgada), cuyo lagunoso texto sobre la fórmula de la *actio iudicati* (198) igualmente permite ver la cuestión central de la comparación que hace Paulo entre el pago de la condena y el pago de la obligación previa que dio lugar al litigio: "*Condemnatus, ut pecuniam solvat intra XXX diez, ni solverit… pronuntiatum… statutum*" ("El condenado a que pague dinero dentro de los 30 días, si no paga… pronunciado… establecido"). Ver LENEL, O. (1968) Palingenesia, volumen prius, cit., col. 1073 (nº. 690). En S. RICCOBONO (Ed.). *Edictum Perpetuum Praetoris Urbani*. *FIRA, Par Prima. Leges* (Pars Quarta, Caput XXXVI, § 198) (p. 371). Barbera.

substantia obligationum es el contenido prestacional (dar, hacer o prestar),[45] cuyo cumplimiento coactivo (*obstringere ad*) se refiere a la ejecución de la conducta debida, que por ello se presenta en el gerundio (*dandum*, *faciendum*, *praestandum*).

La idea expresada en términos de "compeler" o "constreñir" (*obstringere*) al deudor, en virtud de su 'vínculo' (*vinculum*) con el acreedor, era perfectamente conocida para el mismo jurista, pues se encuentra, por ejemplo, en Paulo, *15 responsorum*, D. 45. 1. 134 pr.: "*…Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*" ("Responde que, por la estipulación que se propone, como no ha sido interpuesta según las buenas costumbres, al que accione obstará la excepción de dolo malo, porque es visto como deshonesto ser constreñidos los matrimonios con el vínculo de una pena, ya sean futuros ya estén contraídos"). Se trata del caso de una estipulación de una pena (cláusula penal) que se añadió al instrumento por el que se había acordado, entre la madre del novio y el padre de la novia, celebrar su matrimonio en un tiempo determinado, de modo que, no habiéndose celebrado dentro del plazo, se exigió el cumplimiento de la pena estipulada. Es allí que Paulo señala que la acción (*condictio pecuniaria*) es procedente, pero que al acreedor le será opuesta la excepción de dolo porque no es honesto que los matrimonios sean forzados (*matrimonia obstringi*) con el "vínculo de una pena" (*vinculo poenae*).

Destáquese, provisionalmente, que aparecen aquí, en la pluma de Paulo, dos términos fundamentales para la definición de obligación de las *Iustiniani institutiones* 3.13. pr. (*obstringere/adstringere* y *vinculum*). Además, se debe añadir que en D. 46. 3. 54 también se encuentra en Paulo la abstracción de *solvere* como *omnia liberatione*

[45] CANNATA, *Le definizioni*, *op. cit.*, p. 329.

para referirse generalmente a la disolución del vínculo obligatorio respecto de toda clase de prestación, que de alguna forma también se halla en la definición justinianea como "pagando la cosa" (*solvendae rei*). Como conducta debida no por casualidad Justiniano expresa en gerundio, tal como lo hace Paulo en su definición de D. 44. 7. 3 (*dandum*, *faciendum*, *praestandum*). Y nótese, en directa relación con la definición de D. 44. 7. 3, que en D. 46. 3. 54, *obstringere* se refiere nuevamente al cumplimiento de un hecho eventual previo (la unión matrimonial), ni siquiera a la obligación estipulatoria misma, cuyo objeto es la pena. Por esto, no resulta dudoso que la coacción de las obligaciones no alude en primer lugar a las consecuencias de la condena en juicio por el incumplimiento, sino siempre a la situación sustancial previa.

IV.

Volvemos ahora a Quinto Mucio Escévola. Hace un siglo, Pampaloni[46] puso de manifiesto el paralelismo entre la definición de Paulo, D. 44. 7. 3, y acaso la más antigua *definitio* de obligación con la que contamos: aquella que formuló Quinto Mucio, según sabemos por Varrón, *de lingua latina* 7. 105:

> *Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia; Mucius, quae per aes et libram fiant ut obligentur, praeter quom mancipio dentur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaeritur: nam id aes quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum. Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat nectebat, dum*

[46] PACCHIONI, G. (1924). Il concetto dell'obbligazione. *Rivista del Diritto Commerciale*, (5), 210-213.

solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret, et omnes qui Bonam Copiam iurarunt, ne essent nexi dissoluti.

Manilio escribe que *nexum* es todo lo que se haga por la balanza y el cobre, en que haya "mancipaciones"; Mucio, (dice que *nexa* son) los que se hacen por el cobre y la balanza para que se obliguen, excepto cuando se den en "mancipio". La palabra misma de que se investiga muestra que esto es más verdadero; pues, aquel cobre que se obliga por la balanza no se hace suyo, por ello es llamado *nexum* (contrato de anexión). El libre que "anexionaba" (*nectebat*) sus servicios por los dineros que debía, mientras no pagara, se llama *nexus* (anexado, atado), como obligado (*obaeratus*) con el cobre. Esto fue eliminado, para que no se hiciere, por el dictador C. Poetelio Libón Visolo, y todos los que juraron Suficiencia de Bienes [insolvencia], fueron solucionados (*dissoluti*), para que no fueran *nexi* (deudores de *nexum*).

En el texto, Quinto Mucio distingue entre el uso de la solemnidad del cobre y la balanza para la constitución de un *mancipium* (por ejemplo, la adquisición de una *res mancipi*), y la obligación *per aes et libram*, el mutuo solemne llamado *nexum*, por el que no hay adquisición.[47] Hasta aquí Quinto Mucio, pues la explicación restante es de Varrón. Señala, este último, que en el caso del préstamo solemne el deudor "ataba" (*nectebat*) sus servicios personales mientras no pagara la deuda, por lo que, a pesar de intervenir el cobre y la balanza, en este caso "nada hace suyo" (*neque suum fit*), sino que quedaba obligado (*obaeratus*) en virtud del contrato, información que en este punto es coincidente con lo indicado por Festo: "…*Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per*

[47] Ciertamente es una noción más sofisticada que la de Manilio. Ver LABRUNA, L. (2012). Scientia rerum – scientia iuris: tradere, traditio. En E. CHEVREAU et al. (Ed.). *Carmina Iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert* (p. 446). De Boccard.

nexum obligatur" ("…Cobre por *nexum* se decía entre los antiguos a la pecunia que se obliga por *nexum*").[48]

Es claro que *nexum*, literalmente nexo, atadura, amarre,[49] es una palabra muy expresiva para evocar la misma idea de ligazón que evoca el propio término *obligare*. Si bien en el caso de este último, más allá de su conocida etimología, *ob-ligare*, debe tenerse presente que *obligo* está lejos de representar un punto firme de referencia semántica, porque sus significados se expanden en una diversidad amplísima de acepciones.[50] Sin embargo, esa investigación no es indispensable ahora. En esta breve definición de Mucio en realidad es claro que el objeto de su preocupación es el acto mismo *per aes et libram*, el cual distingue según sus efectos, de forma que la producción de obligación da al acto propiamente el nombre de *nexum*, salvo que produzca también la adquisición del poder del *mancipium*. Nótese que Mucio no dice que el acto libral puede obligar algunas veces y otras producir la adquisición de un derecho, como muchas veces la doctrina romanista moderna se apresura a concluir, sino que dice que en ambos casos el acto obliga, pero que no se llama *nexum* si acaso obliga pero además da el *mancipium* ("*quae per aes et libram fiant ut obligentur, praeter quom mancipio dentur*"). El matiz, que no se puede descartar que sea una pura imprecisión jurídica de Varrón, en cualquier caso importa para no perder de vista la antigüedad de

[48] Ver., por todos, CURSI, M. F. (2018). La mancipatio e la mancipatio familiae. En M. F. CURSI (Ed.). *XII Tabulae. Testo e commento* (pp. 340-341). Jovene.

[49] Ver para su relación con "sometido", "obligado", "afecto", ERNOUT, A., & MEILLET (2001). Voce *obnoxius*. En *Dictionnnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots* (p. 455). Klincksieck. Ver MAC CORMACK, G. (1967). "Nexi", "iudicati", "addicti" in Livy. *ZSS*, 350-358; CARDILLI, R. (2018). Il nexum e l'oportere nelle XII Tavole. En M. F. CURSI (Ed.). *XII Tabulae. Testo e commento* (pp. 410-411). Jovene.

[50] GLARE, P. (Ed.). (2006). Voce *obligo*. En *Oxford Latin Dictionary* (pp. 1214-1215). Oxford University Press.

este testimonio y su muy probable falta de una congruencia completa con la dogmática clásica posterior.

En fin, ambas "ataduras", *nexum* y *obligatio*, no son sinónimas sino que tal vez en esta época ya tengan una relación de género a especie, porque *obligatio* es un término abstracto, más moderno, aplicado a toda vinculación provista de acción civil personal,[51] mientras que el *nexum*, muy probablemente anterior a su comparecencia en la Tabla 6. 1,[52] corresponde solo a la obligación civil arcaica que nace del negocio homónimo *per aes et libram*,[53] que ya en la época de Quinto Mucio Escévola había sido derogado hacía muchos siglos.[54] De

[51] SANTORO, R. (2020). *Per la storia dell'obligatio* (pp. 51-108). Palermo University Press.

[52] CARDILLI, *Il nexum*, *op. cit*., p. 403.

[53] PELLOSO, C. (2011). Il concetto di "actio" allá luce della struttura primitiva del vincolo obligatorio. En L. GAROFALO (Ed.). *"Actio in rem" e "actio in personam". In ricordo di Mario Talamanca* (pp. 181-185). Giappichelli.

[54] De hecho, Varrón mismo recuerda esta disputa y le da la razón a Mucio sin ninguna base jurídica (porque desde ese punto de vista el problema ya no tenía interés), sino que exclusivamente desde el punto de vista lingüístico. Ya en la propia época decenviral, la condición de los deudores *nexi* (el deudor *iudicatus* y *addictus*), más que como una sujeción personal material, aparece como una fase preparatoria de la ejecución; el *nexus* podía contraer el *nexum* después de nacida la deuda, referir la sujeción a uno de sus sometidos y, en todo caso, aunque estuvieran encadenados eran "libres" y "rescatables". Y lo cierto es que en el texto de Varrón pareciera que el nexo entre los servicios del deudor y el pago del mutuo se refiere a un efecto que no proviene del acto solemne, sino que sobreviene en caso de incumplimiento. Ver CORBINO, A. (2008). *Inosservanza di doveri privati in età decenvirale*. En L. CAPOGROSSO COLOGNESI & M. F. CURSI (Eds). *Forme di responsabilità in età decemvirale* (pp. 32-37). Jovene; CENDERELLI, A. (2011). *Varrone giureconsulto? (riflessione sulla figura del giureconsulto romano)*. En *Scritti Romanistici* (p. 163). Giuffré; PELLOSO, *Il concetto*, *op. cit*., p. 180.

hecho, tiene razón Cardilli[55] en sus dificultades para comparar el *nectere* que es efecto del *nexum*, con el *oportere* que es el verbo que denota la exigibilidad procesal de las obligaciones ya desde época decenviral, porque sea que la servidumbre personal del *nexus* tenga efecto *in actum*, inmediatamente al celebrarse el negocio, o sea que este efecto se mantuviera *in habitu* hasta el incumplimiento (cosa que en realidad no sabemos), es cierto que esta "anexión" nada tiene que ver con la realidad del *oportere ex sponsione* de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (Gayo, *Institutiones* 4. 17), y menos con el posterior *oportere* de la *formula actionis* que otorgará el pretor (Gayo, *Institutiones* 4. 41).

Como sea, el texto varroniano indica que Quinto Mucio estaba preocupado de definir más bien la *causa obligationis*, en el lenguaje actual, el contrato de *nexum*.[56] Por ello, si se piensa que no es Quinto Mucio sino Varrón quien se refiere al *nexus-obaeratus* (al deudor del *nexum* u obligado) y se ocupa del problema de la coacción sobre éste producida por la obligación, "*in servitutem pro pecunia… ab aere obaeratus*" ("en servidumbre por dinero… obligado por el cobre"), no parece estar en lo correcto Talamanca[57] al señalar que en este texto Mucio confunde la obligación y la *causa obligationis*. En realidad, el jurista se refiere únicamente a la causa de la obligación, sin más: como claramente se aprecia en su análisis que recae expresamente en la solemnidad *per aes et libram*. Plantear las cosas en término de una confusión entre el contrato, como *causa obligationis*, y la obligación misma, que es su efecto, pareciera una anticipación histórica de lo que efectivamente ocurrirá más de diecinueve siglos más tarde en la codificación con *conventio* y *obligatio*, tanto en la francesa, a través de *convention* y *engagement*, como en la alemana,

[55] CARDILLI, *Il nexum*, *op. cit.*, pp. 411, 418 y 410.

[56] SANTORO, *Per la storia*, *op. cit.*, p. 7.

[57] TALAMANCA, M. (1979). Voce *Obbligazioni* (diritto romano). En *Enc. dir.*, (29), 6.

en virtud de la introducción del término *Schuldverhältnis* desde el proyecto de Dresden, que también tiene ambos significados y que quedó cristalizado en el BGB. La advertencia no es superflua, porque esos eventos histórico-jurídicos próximos a nosotros no solo influyen sobre la lectura que hace la doctrina actual sobre la definición Quinto Mucio, sino sobre la definición de Paulo, como se explica más abajo.

Sin embargo, no parece que pueda indicarse la misma confusión en el texto de Paulo, como se ha intentado por la doctrina actual[58] que atribuye a la *substantia obligationis* el significado de *causa obligationis*. Aquí se señala que la adquisición de la cosa o la servidumbre debe entenderse como un hecho jurídico y no como una relación jurídica, por lo que la "substancia de las obligaciones", para mantener el paralelo, no podría referirse a la relación obligatoria (es decir, a la relación jurídica), sino que también tendría que referirse al hecho jurídico de que proviene, es decir, a la *causa obligationis*. Esto se confirmaría, además, porque los textos de Gayo que anteceden y que suceden este fragmento (D. 44. 7. 1-2 y 4), efectivamente, se refieren a las fuentes de las obligaciones (contrato y delito).

Esa especulación pasa, primero, por aceptar que el pasaje de Paulo se refiere como sujeto gramatical a las "obligaciones" y no a la "substancia", de forma que el texto se referiría a las obligaciones mismas y de allí se pueda extraer que la alusión se debe dirigir a su *substantia* como su causa, lo cual sencillamente no es así. Segundo, además pasa porque se admita que el razonamiento del jurista pueda explicarse válidamente a través de las nociones pandectistas de "hecho jurídico" y "relación jurídica", para contraponer "modo de adquirir" a "*causa obligationis*" como algo diferente de la "relación

[58] Esa es la interpretación de PEROZZI, *Le obbligazioni*, *op. cit.*, p. 12; MARCHI, *Le definizioni*, *op. cit.*, pp. 8-9; FALCONE, *Sistematiche*, *op. cit.*, p. 21.

jurídica" que implica un vínculo obligatorio,[59] lo que es un evidente anacronismo y una lectura arbitraria de la fuente. En verdad, pareciera mucho más simple la comparación propuesta por el jurista severiano, pues la naturaleza o *substantia* de la obligación, que es en sí una abstracción que parece extenderse a todas las obligaciones de cualquier naturaleza, corresponde al aspecto funcional relativo a su eficacia, y no a su fuente, que debe entenderse como la exigibilidad (*obstringat ad*) respecto de la conducta debida (*dandum*, *faciendum*, *praestandum*). Así las cosas, lo que el pasaje de Paulo contrapone en realidad es el *facere nostrum aliquid* con *alium nobis obstringere ad*, es decir, la titularidad actual (del derecho real) y la expectativa.[60]

Fijado de este modo el significado del pasaje, esta comparación no parece el fruto de una interpolación aplicada para darle un tono general a algo que Paulo originalmente habría dicho solo respecto del *nexum*, en el mismo sentido que Quinto Mucio.[61] Primero, porque Quinto Mucio distinguía entre el "modo de adquirir" (acto *per aes et libram*) y la *causa obligationis* (*nexum*), mientras que Paulo, en cambio, entre el efecto de la adquisición y el efecto de la exigibilidad compulsiva del contenido de la obligación, marcando un contexto similar pero desde perspectivas diferentes.[62] Segundo, porque Quinto Mucio no distinguía el acto *per aes et libram* respecto del *nexum* como términos absolutamente antitéticos o excluyentes, sino que el jurista republicano entendía que siempre el acto libral producía obligación, pero que en ciertos casos, ajenos al *nexum*, el mismo acto además producía la adquisición de la propiedad ("*quae per aes*

[59] CANNATA, *Le definizioni*, *op. cit*., pp. 338-340.

[60] *bidem*, p. 340.

[61] Esta es la tesis de MARCHI, *Le definizioni*, *op. cit*., 12-32.

[62] Pacchioni en cambio piensa que el fondo del texto de Varrón y el de Paulo es idéntico en cuanto a que separarían de un mismo modo la adquisición de los derechos (reales) y las obligaciones. Ver PACCHIONI, *Il concetto*, *op. cit*., pp. 232-233.

et libram fiant ut obligentur, praeter quom mancipio dentur"); en cambio, Paulo distingue netamente adquisición y *obligationis substantia*. Por tanto, no existe simetría o paralelismo completos entre el testimonio de Quinto Mucio y de Paulo en ninguno de estos puntos, por lo que no se puede suponer una interpolación que sería una mera generalización extensiva del fragmento de este último, con lo que el fundamento de esta hipótesis interpolacionista queda privado de un grado suficiente de plausibilidad.

Además de lo anterior, hay una cuestión de coherencia interna de la obra de Paulo que dificulta aún más aceptar que el texto sea espurio. El paralelo de Paulo, en lo referido al "modo de adquirir", es mucho más sofisticado en cuanto aparta la adquisición de la propiedad de la adquisición de la servidumbre (*ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat*), mientras que Quinto Mucio solo se refería a la adquisición genérica del *mancipium* (*quom mancipio dentur*), como era propio de su época. Una alusión supuesta al viejo *nexum* por parte de Paulo, que necesariamente tendría que haber sido histórica, como creen quienes afirman la existencia aquí de una interpolación, además de ser una pura especulación, no habría presentado una distinción entre *proprietas* y *servitus,* a efectos adquisitivos, dado que el dominio y las servidumbres, al menos las rústicas en suelo itálico, eran todas cosas *mancipi* indiferenciadas (Gayo, *Institutiones* 2. 17 y 27). Esa separación tiene pleno sentido en las *Institutiones* de Paulo,[63] de cuyo contenido conocemos muy poco, pero al menos se puede decir que su primer libro se refería

[63] Cfr. *Paulus, institutionum libri II*, en LENEL, *Palingenesia*, volumen prius, *op. cit*., col. 1114 (*liber primus*: nº 888 *de possessione*?, *liber secundus*: nº889 *de servitutibus*, nº 890 *de obligationibus*, y nº 891 *de dotibus*). Además, se deben incorporar otros dos fragmentos dispersos no considerados por LENEL (1968) que no cambian lo dicho: Iulii Pauli ex libris institutionum fragmenta. En J. BAVIERA (Ed.). *Fontes Iuris Romani Antejustiniani* (FIRA) (pp. 421-422). Altera.

a las cosas (esto es, al dominio sobre ellas y a su posesión, aunque solo se conserva el fragmento referido a esta última),[64] mientras que el segundo se refería a las servidumbres[65] y obligaciones.[66] De manera que contraponer la *substantia obligationis*, que consiste en constreñir a otro (*ut alium nobis obstringat ad*), respecto de la adquisición matizando de un lado el dominio sobre cosas y del otro las servidumbres sobre los predios (*aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat*), tiene completa coherencia interna con el plan general dado por Paulo a sus explicaciones, y no hay razones para suponer que trataba aquí de un punto histórico de alcance dogmático mucho más limitado.

Lo que sí parece indudable, si se reconoce la genuinidad del texto de Quinto Mucio y de Paulo, es que se observa una evolución para la que, en nuestra opinión, tienen relevancia las instituciones de Gayo, no porque haya sido Gayo un modelo para Paulo, sino como un testimonio que ratificaría el estado del conocimiento jurídico, es decir, como un puente intelectual entre el *nexum* del primero y la *substantia obligationis* del segundo que demuestra que se encontraba completamente incorporada ya la diferencia teórica de la distinción entre la adquisición de los derechos reales y la obligación. Porque en Gayo también tiene lugar una explicación a partir del mismo paradigma: la exclusión recíproca entre la adquisición del dominio y la existencia de una obligación. Claro que, en este caso, ello se vierte procesalmente, al explicar la diferencia entre las acciones *in rem* y aquellas *in personam*, para las que dice Gayo, *Institutiones* 4.4.:

> *Sic itaque discretis actionibus certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere: SI PARET EVM DARE OPORTERE; nec enim quod nostrum*

[64] D. 41. 2. 41.

[65] D. 8. 2. 4.

[66] D. 44. 7. 3.

est, nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod ita datur, ut nostrum fiat; nec res, quae nostra iam est, nostra amplius fieri potest.

Y así, diferenciadas las acciones, cierto es que no se puede pedir una cosa nuestra a otro así: 'Si resulta que él debe dar'; pues lo que es nuestro no nos puede ser dado, en cuanto esto es que se entiende sernos dado aquello lo que así es dado para que se haga nuestro; porque la cosa que ya es nuestra no se puede hacer más ampliamente nuestra.

Teniendo los tres textos a la vista, Quinto Mucio, Gayo y Paulo, puede afirmarse que la contraposición se trata ya de una idea arraigada (*tópos*) para distinguir el *dare* de aquello que es *nostrum*, la obligación de la adquisición. Es muy probable (aunque no se puede decir más) que Pomponio se haya referido justamente a la *definitio* de Mucio en relación con este *locus communis* en su texto de Pomponio, *28 ad Quintum Mucium*, D. 50. 17. 204: *"Minus est actionem habere quam rem"* ("Es menos tener una acción que una cosa").[67]

V.

Ahora se debe dar paso al segundo texto de Gayo, fundamental para esta cuestión. Aunque no se recurra habitualmente a ello para explicar las definiciones de la obligación en la experiencia jurídica romana, la noción gayana de *obligatio* en este punto no puede ser completada sin observarse el valor que tiene el *ius obligationis* para él dentro de la categoría de las *res incorporales*, Gayo, *Institutiones* 2. 14:

[67] No se conoce la materia a la que se refería este fragmento. Ver LENEL (1889). *Palingenesia iuris civilis*, Volumen alterum. Officina B. Tauchnitz, col. 74 (nº. 298).

> [*Res*] *Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut… obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet… corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, ueluti fundus, homo, pecunia: nam… ipsum «ius obligationis» incorporale est…*
>
> [Cosas] incorporales son las que no pueden ser tangidas, las cuales son aquellas que consisten en el derecho, tal como… las obligaciones contraídas de cualquier modo. Pero no pertenece a esta clase de cosa… las que son corporales, tampoco aquello que se nos debe por alguna obligación, que en su mayoría es corporal, como por ejemplo, el fundo, el esclavo, el dinero: porque… lo incorporal es el "derecho de obligación" mismo…

No se suele dar el relieve que parece tener al hecho de que aquí Gayo utilice un raro término, *ius obligationis*, que viene a anticipar en casi dieciocho siglos la denominación "derecho de obligaciones" de la respectiva materia del derecho privado.[68] Esta formulación, cuya abstracción es palmaria, pues se habla del "derecho de obligación mismo" (*ipsum ius obligationis*) como una categoría jurídica indiscutida y que no hace falta explicar.[69] A la luz de la sistemática de Gayo parece tener un valor sustantivo central que debe ser tenido en cuenta, como una conceptualización que designa el marco general del tratamiento de las obligaciones que realizará en su manual (*Institutiones* 3. 88 a 3. 225)[70] y al que se conecta también su definición de acción personal (*Institutiones* 4. 2).

---

[68] En este punto Scherillo se sirve del texto de Gayo solo para llamar la atención de que él tenía el *ipsum ius obligationis* como una categoría general que da por bien conocida, pero después no le da más alcance dentro de las *definitiones* de obligación. Ver SCHERILLO, *Le definizioni*, *op. cit*., pp. 99-101.

[69] SCHERILLO, *Le definizioni*, *op. cit*., pp. 99-100.

[70] Dado que Albertario presenta como prueba de que existiría una noción de

Guzmán[71] señala con razón que toda la exposición de Gayo sobre las cosas incorporales no tenía la pretensión de ofrecer una teoría general sobre las cosas incorporales en el derecho, sino únicamente el afán pedagógico de ordenar la materia dispersa, pero presente en el pensamiento de los juristas, por la cual puso sistemáticamente la *res* en el vértice para abarcar todo lo que era objeto del tráfico patrimonial y que sería explicado en su manual dentro de la tripartición del *ius* en *personae*, *res*, *actiones*.

Claro que la explicación quedaría incompleta si no se insiste en que las *res incorporales* corresponden en sí a una mixtura de criterios para su determinación, filosóficos y jurídicos. De un lado, la contraposición filosófica (vale decir, "especulativa"), de cosas "corporales" e "incorporales" según si son tangibles o no, además de ofrecer un criterio diferenciador para cada caso, permite establecer que el conjunto de ambas categorías unidas constituye la totalidad representada por el concepto abstracto de *res* dentro del esquema explicativo ya indicado. Pero, del otro, la calificación de estas cosas no se puede alcanzar sin el complemento sustancial otorgado por las calificaciones propiamente jurídicas (que en este caso equivale a "prácticas") que

---

obligación el hecho de que los juristas romanos aludan a ellas siempre en plural, Scherillo cree que una prueba importante para confutarlo es indicar que en Gayo, *Institutiones* 3. 88, se habla de la *obligatio* en singular, sin embargo, esto por sí solo carece de relevancia. Lo verdaderamente importante, que Scherillo destaca después, es que el hecho de que efectivamente los juristas hablen de casos particulares de obligaciones y que utilicen el plural no es un argumento válido, pues se trata de una obviedad que nada prueba el hecho de que toda idea envuelva una abstracción a la que se corresponden los casos particulares, y que son éstos los que están a la vista y no la abstracción, por su carácter ideal. Ver SCHERILLO, *Le definizioni*, *op. cit*., pp. 99-100.

[71] GUZMÁN, A. (2019). Gaio e la distinzione delle cose in corporali ed incorporali. En F. MILAZZO (Ed.). *Gaius Noster. Nei Segni del Veronese* (pp. 281-288). Giuffré.

Gayo incorpora para la conformación de la categoría de las cosas corporales e incorporales. En primer lugar, se sirve de las categorías jurídicas de los *corpora* y de los *iura*, que no son en sí mismas una elaboración dialéctica sino el producto resultante de la reflexión y del lenguaje operativo de los juristas que se halla a lo largo de las fuentes, y que Gayo acomoda a su esquema explicativo. Y, en segundo, la adscripción de las cosas corporales e incorporales, *corpora* y *iura*, como conjunto, a la totalidad más inmediata en la exposición de Gayo en lo referido directamente a la clasificación de las cosas, que está constituida por la *res patrimonialis*. No se puede perder de vista la naturaleza jurídica de aquellas categorías utilizadas por Gayo, especialmente teniendo en cuenta que el criterio pragmático desencadenante de toda la exposición sobre la clasificación de las cosas, que está anunciado desde el inicio, en *Institutiones* 2. 1: *"Superiore commentario de iure personarum exposuimus; modo uideamus de rebus: quae vel in nostro patrimonio sunt uel extra nostrum patrimonium habentur"* ("En el comentario de arriba expusimos sobre el derecho de las personas; ahora veamos de las cosas: las cuales o están en nuestro patrimonio o se encuentran fuera de nuestro patrimonio"). Por consiguiente, las cosas corporales e incorporales son tal en cuanto resultan patrimoniales, un carácter de tipo jurídico, sustancial y no meramente explicativo.

Solo como ejemplo aleatorio de los criterios jurídicos implicados en la clasificación de las cosas corporales e incorporales de Gayo, puede proponerse con fines ilustrativos el fragmento de Juliano, *64 digestorum*, D. 4. 2. 18:

> *Si ipsa res, quae ad alium pervenit, interiit, non esse locupletiorem dicemus: sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea deperdat. Nam et imperator Titus Antoninus Claudio Frontino de pretiis rerum hereditarium rescripsit ob id ipsum peti ab eo hereditatem posse, quia licet res quae in hereditate fuerant apud eum non sint, tamen pretium earum quo, locupletem*

eum vel saepius mutata specie faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent.

Si perece la cosa misma que llega a poder de otro, decimos no ser más rico: pero, en cambio, si ha sido cambiada por dinero o por otra cosa, no se sigue indagando más ampliamente sobre cuál sea el resultado, sino que en cualquier caso se entiende haberse hecho más rico, aunque después la pierda. Pues, incluso el emperador Tito Antonino dio un rescripto para Claudio Frontino sobre los precios de las cosas hereditarias, que conforme a esto mismo pueda ser pedida la herencia a él, porque aunque las cosas que hubieran estado en la herencia ya no estén con él, sin embargo, el precio de ellas o, más frecuentemente, la especie cambiada, con que se esté haciendo él más rico, lo obliga igualmente que si los cuerpos mismos hubieran permanecido en la misma especie.

El texto, que no ha sido acusado de interpolaciones radicales o sustanciales,[72] y que en el Digesto 4. 2. fue instalado en el título "De lo que se hiciere por causa de miedo" (*"Quod metus causa gestum erit"*), pareciera corresponder al tratamiento dado por Juliano a un caso de enriquecimiento por miedo respecto de bienes hereditarios, en el contexto de la *lex Aelia Sentia*.[73] En este pasaje, la *res* (obtenida

[72] MITTEIS, L., LEVY, E., & RABEL, E. (1929). *Index Interpolatiunum quae in Iustiniani digestis dicuntur*, Tomus I. Ad libros digestorum I-XX pertinens, Weimar, col. 47.

[73] A pesar de que son muy importantes y persuasivos los datos entregados por Appleton sobre la datación de los *digesta* de Juliano (entre los años 148 y 161 d. C.), no logra convencer respecto de su afirmación sobre un presunto error en la *inscriptio* de D. 4. 2. 18. En su opinión, la *inscriptio* que atribuye el fragmento a Juliano, *libro 64 digestorum*, estaría errada en el número del libro, pues no sería el 64 sino el 4. Con esto hace calzar mejor la materia tratada por Juliano en ese libro en general, y en el contenido del propio pasaje en análisis, sobre la *actio quod metus causa*,

metus causa) tiene carácter eminentemente patrimonial ya que produce la *locupletatio* de quien la reciba y, además, circula en el tráfico a cambio de *pecunia* o de otras *res* que toman su lugar en el patrimonio de su titular, según consideraciones que también se aplican a la petición de la *hereditas*, un *ius universitatis* respecto de cuyos *corpora* operan aquellas mismas reglas que las que se han planteado

---

con la ubicación en que fue incorporado en la compilación de Justiniano, en el título 4.2 *Quod metus causa gestum erit*. Supone que el error provendría de la confusión de un copista de la Florentina al reproducir la cita de la *inscriptio*, en la cual que habría cambiado "LIBIIII" ("LIB" = libro; "IIII" = 4º) por "LXIIII" (= 64º). Esto último es totalmente arbitrario. Sin embargo, su argumento efectivamente hace ver como innecesarias las supuestas interpolaciones que acomodarían el texto para darle más proximidad a la materia de la acción por causa de *metus* (según las cuales, por ejemplo, se habría sustituido el "*heredem*" original del fragmento por "*alium*", o la expresión genuina "*itera eius bona venire posse*", por la parte supuestamente espuria "*peti ab eo hereditatem posse"*, suponiendo que antes de las supuestas interpolaciones se trataba de un caso de bienes hereditarios pertenecientes a un latino juniano y a una segunda *bonorum venditio*, tomando como referencia Gayo, *Institutiones* 2. 155). Pero la impresión que deja su erudito planteamiento en este punto, en realidad tampoco lleva a concluir que necesariamente ese texto no sería del libro 64, sobre la ley *Aelia Sentia*, porque en cualquier caso ni siquiera Appleton duda de que dentro de su contenido, la referencia a un rescripto de Antonino Pío sobre la herencia, que sí encaja con las materias de la ley *Aelia Sentia* del libro de la *inscriptio*, es genuina (referencia a la *actio petitio hereditatis* confirmada por *Basilicorum libri* 10. 2. 18) y, por tanto, se diluye la necesidad de llevar el fragmento al tratamiento que Juliano daba en el libro 4 al *metus*, porque dicha alusión da sentido a la posibilidad de que el texto corresponda al tratamiento de esa ley, tal como nos es transmitida su citación por el Digesto de Justiniano. Ver APPLETON, C. (1910). La date des Digesta du Julien. En *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger*, (34), 749-752 y 779-790; LENEL, *Palingenesia*, *op. cit*., col. 472 (nº 769).

para los negocios entre vivos. Así puede mostrarse que todas estas determinaciones consideradas por Gayo en su manual (*res*, *corpora*, *ius*, *patrimonium*) dependen de calificaciones jurídicas, y no directamente filosóficas, que han sido recogidas del lenguaje técnico con que operan los juristas.

Para Gayo, las *res corporales* e *incorporales* son, desde un punto de vista práctico (no abstracto), ante todo *res patrimoniales* porque ése es el vértice desde el que despliega su exposición y en el que no cabe hablar más que de *corpora* y *iura*. En esto, a veces nuestra doctrina hace un salto demasiado inmediato (y abstracto) a las cosas corporales e incorporales por su importancia en el derecho moderno, o bien pone en el vértice la *summa divisio* de las cosas de derecho divino o de derecho humano (Gayo, *Institutiones* 2. 2), olvidando que el criterio organizador no es ninguno de éstos sino el de *Institutiones* 2. 1. Además, en el derecho moderno existe una aproximación más ontológica a las clasificaciones de las cosas y particularmente a la distinción sobre su patrimonialidad, como si esta calificación dependiera o fluyera de las cosas en sí mismas, de su aptitud para ser objeto de derecho (las cosas *son* o *no son* patrimoniales). Mientras que en la experiencia jurídica romana, y específicamente en Gayo, la patrimonialidad se trata de una cuestión exterior a ellas, descriptiva, que consiste en señalar cuáles tipos de cosas se podría identificar o contar, concretamente, en el patrimonio de una persona y cuáles no (cosas que *se tienen* o *no se tienen* en el patrimonio). Esta es la razón por la que entre las cosas incorporales hay tantas creaciones ideales del derecho que no han sido incorporadas a la enumeración y que los juristas modernos echan en falta (los contratos, los modos de extinguir las obligaciones, las guardas, etc.): apreciado el patrimonio de un privado en él podemos contar *corpora* y *iura*, nada más. No se trata de si el derecho u otra ciencia ofrece más creaciones intelectuales en sí mismas que ésas.

En la doctrina romanista, esta "patrimonialidad" que gobierna la calificación de las cosas en corporales e incorporales suele sintetizarse diciendo que son todas las cosas objeto del derecho patrimonial

(aunque se debe perdonar el anacronismo de utilizar la noción de *Vermögensrecht*), o bien que son todas las cosas que circulan en el tráfico. Pero el asunto se debe mirar con algo de cuidado, porque a veces esto (el modo de transferir las relaciones jurídicas privadas) se pone en el primer lugar, como si el eje de la exposición estuviera dado por cómo fluye la circulación de los bienes en el tráfico. Es un error porque se confunde el criterio de clasificación con las características de las cosas clasificadas. Efectivamente, la exposición de Gayo a partir de las cosas corporales e incorporales (Gayo, *Institutiones* 2.12,13 y 14), se vuelca a partir de allí a los modos de adquirir, primero, propios de las cosas corporales (*Institutiones* 2. 14 a 2. 27); después, contrapone la situación de las cosas incorporales a las anteriores (*Institutiones* 2. 28), y pasa a exponer los modos pertinentes para constituir las servidumbres y el usufructo (*Institutiones* 2. 29 a 2. 33), después aquellos que corresponden para ceder la herencia (*Institutiones* 2. 34 a 2. 37); y, por último, las modalidades para transferir las obligaciones (*Institutiones* 2. 38 y 2. 39). Pero ésta es una descripción de ese asunto en cada clase de cosas, no es propiamente el criterio por el que separa una clase de cosa respecto de la otra.

Aquí, entonces, la doctrina romanista moderna, en el entendido inexacto de que las modalidades de transferencia son las que han permitido agrupar las cosas corporales y las incorporales, presenta como un error de Gayo particularmente la composición de las cosas incorporales. Porque la circulación de las obligaciones (que Gayo reduce solo a la novación) no tiene relación alguna con los modos de adquirir previamente explicados para las restantes cosas.[74] Se quiere corroborar lo anterior citando a Gayo, *Institutiones* 2. 38, que dice:

[74] Así, se recrimina que Gayo (*Institutiones* 2. 38) haga la diferencia para las modalidades de circulación de las obligaciones solo con las cosas "corporales", como si hubiese dado un salto lógico, pues lo que ha explicado inmediatamente antes eran los modos de constituir *iura* (*in re aliena*). Pero la respuesta está casi en

Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt: nam quod mihi ab aliquo debetur, id si uelim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. quae dicitur nouatio obligationis.

Las obligaciones contraídas de cualquier modo, no admiten nada de aquellos [modos antes explicados]: pues, si quisiera que lo que se me debe por alguno te sea debido a ti, esto no lo puedo efectuar por ninguno de esos modos por los que las cosas corporales son transferidas a otro; sino que se requiere para que esto se realice, que, autorizándolo yo, tú estipules de aquel [deudor], para que se libere por mí y comience a ser responsable ante ti. Lo que se dice novación de la obligación.

Pero el verdadero criterio determinante desde el punto de vista jurídico sustancial, en este esquema isagógico de Gayo, no es la "circulación" de las cosas en el tráfico, sino su presencia en el patrimonio de una persona (*Institutiones* 2. 1).[75] Por eso la disparidad en

---

la misma observación, en cuanto el modelo de los modos de adquirir está dado en la exposición por los de las cosas corporales (*mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*), de modo que al tratar la cuestión respecto del usufructo, las servidumbres y la herencia hay una constante referencia a aquellos en relación a la posibilidad o imposibilidad de aplicarlos en la constitución de estos últimos. Ver BATTAGLIA, F. (2024). Cataloghi per un'esposizione. Gaio e l''arte' di insegnare il diritto a Roma. *Tesserae Iuris*, *5*(1), 127-132 y 185-187; TURELLI, G. (2024). Res incorporales. Da categoria sistematica a paradigma concettuale. En *Personae e res dal diritto romano al futuro. Atti del Convegno Associazione Italiana di Diritto Romano. Sapienza Università di Roma,* 30-31, 196.

[75] No es una cuestión estilística, lingüística o de autoría de Gayo, como piensa en cambio BATTAGLIA, *Cataloghi*, *op*. *cit*., 191-192. Tampoco una cuestión exclusivamente pedagógica y por tanto de coherencia interna de la exposición,

los modos por los cuales se transfieren las distintas clases de cosas corporales e incorporales, no se trata de un error de la consistencia de la exposición y Gayo no muestra perplejidad alguna en esta parte (como demuestra la última cita). En realidad, su exposición de las *res corporales sive incorporales* no depende de su modo de adquirir o constituirse, sino de si son cosas que se aprecien en el patrimonio de una persona o no, lo que claramente sí se cumple en ambos extremos porque presenta la tangibilidad de dichas cosas en el caso de los *corpora* y la intangibilidad, por tener existencia en el derecho, a aquellas cosas incorporales a las que corresponden los *iura*: si se mira el patrimonio de una persona, en cuanto cosas corporales y derechos, entre los que se encuentran los hoy llamados reales y también las obligaciones. Ahora, la diversidad de mecanismos para trasladar una obligación respecto de las demás cosas (corporales e incorporales) es en realidad una cuestión secundaria en el plan de la obra que, por lo demás, por importante que sea esta distinción hoy, no es tampoco la principal en Gayo. La exposición sobre las cosas corporales e incorporales constituye solo una sección pequeña de la explicación de las cosas (*Institutiones* 2. 14 a 2. 39) si se piensa que a ella corresponde todo lo restante del comentario segundo (que acaba en *Institutiones* 2. 289) y además a todo el comentario tercero (que retoma el *ius obligationis* apenas en *Institutiones* 3. 88).

Por otro lado, en el esquema gayano las *res corporales* son *innumerabiles* (Gayo, *Institutiones* 2. 13 …*et aliae res innumerabiles*), mientras que las *res incorporales* no lo son (Gayo, *Institutiones* 2. 14 …*eodem numero sunt*), sino que corresponden a los *iura* allí taxativamente enumerados: herencia, usufructo, obligaciones y servidumbres prediales urbanas y rústicas.[76]

---

como cree TURELLI, *Res incorporales*, *op. cit.*, 188-198.

[76] ROBBE, U. (1966). Osservazioni su Gaio. En *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico* (p. 117). Jovene.

En esta ordenación dentro de la clase de las cosas incorporales, correspondientes a los *iura* taxativamente indicados, como dice Guzmán, la categoría "más genérica o colectiva es aquella de *obligationes*, respecto de las cuales Gayo añade: 'contraídas de cualquier modo' (*quoquo modo contractae*)".[77] Pero después Guzmán olvida las obligaciones y se ocupa del problema de si los restantes "derechos reales" pueden considerarse también cosas incorporales, esto es, el *ius in agro vectigalis*, la *superficie*, el *pignus* y la *hypotheca*. Y, aunque dice que pretender dar respuesta a esto sería inútil, sí contribuye con un dato muy interesante. En su opinión, la falta de enumeración de estos últimos derechos reales entre los *iura*, justifica que no sean tratados más tarde por Gayo en sus *Institutiones*.[78]

Si bien Guzmán deja las cosas allí, esto último nos lleva a una cuestión de contexto referida a que la obra de Gayo no es incompleta por falta de capacidad o de tesón del autor[79] sino que ella responde estrictamente a sus fines isagógicos, ya que está destinada a enseñar los conocimientos básicos de quien comienza el estudio del derecho. Por ello es que ya desde hace más de cuarenta años se ha puesto de relieve que el mismo texto de las *Institutiones* muestra que existe un sistema superior de enseñanza de Gayo, que reúne un programa didáctico excedente al institucional, compuesto por obras escritas o por enseñanzas orales pensadas para cursos superiores, que en su propio manual se deja ver en diversos pasajes por ejemplo "*videbimus*" u otras expresiones, aparte de otras tantas en que se indica que no hay textos de enseñanza, sino solo la tradición oral del conocimiento.[80] Y

---

[77] GUZMÁN, *Gaio*, *op. cit*., pp. 282-283.

[78] *Ibidem*, p. 284.

[79] Se debe precisar que el *pignus* sí aparece mencionado en la obra incidentalmente, pero no es objeto de una explicación.

[80] QUADRATO, *Le institutiones*, *op. cit*., pp. 14 y 20; MANTOVANI, D. (2019). Gaio nella storiografia del Novecento. En F. MILAZZO (Ed.). *Gaius Noster. Nei Segni del*

de ello, lo que se debe rescatar es que una correcta interpretación de Gayo no puede descansar solo en la exégesis de sus *Institutiones*, sino también de sus otros libros.[81]

En este contexto el "*ius obligationis*" es un término poco usual en la compilación justinianea (que tiene claros tintes retóricos).[82] Según lo que ya ha quedado dicho, para él corresponde a todo tipo de obligaciones que circulaban en el tráfico (*quoquo modo contracta*), conceptualizándolo no por criterios funcionales o de aplicación práctica sino como pertenencia a una categoría ideal en

---

Veronese (pp. 153-196). Giuffré. Para el caso de la dote, Stagl hace una completa demostración de su ausencia en el texto institucional porque no porque una laguna sino porque no estaba previsto allí su tratamiento sino en otra obra, STAGL J. F. (2019). Il sistema didattico di Gaio e il sistema dei digesta. En F. MILAZZO (Ed.). *Gaius Noster. Nei Segni del Veronese* 153 a 196.

[81] Sus restantes libros son: *De casibus liber singularis*, *Dotalicion liber singularis, Ad edictum aedilium curulium libri II, Ad edictum praetoris urbani, Ad edictum provinciale et ad edictum aedilium curulium libri XXXII, De fideicommissis libri II, De formula hypothecaria liber singularis, Ad legem duodecim tabularum libri VI, Ad legem Glitiam* (?) *liber singularis, Ad legem Iuliam et Papiam libri XV, De manumissionibus libri III, Ex Quinto Mucio, Regularum libri III, Regularum liber singularis, Rerum cottidianarum (sive aureorum) libri VII, Ad senatus consultum Orfitianum liber singularis, Ad senatus consultum Tertullianum liber singularis, De tacitis fideicommissis liber singularis, De verborum obligationibus libri III*. Ver LENEL, *Palingenesia*, *op. cit*., cols. 181, 182, 189, 237, 240, 242, 246, 250, 251, 261; Ver. CASAVOLA, *Giuristi*, op. cit., pp. 113-117.

[82] Quintiliano, *Institutio oratoria* 5. 10. 116 y 116, se refiere al "*ius* (*publici*) *creditī*", precisamente como *res incorporalis*: "*ius, quod sit incorporale, adprendi manu non posse*" ("el derecho, que es incorporal, no puede ser aprendido con la mano"). Pero en una perspectiva que no coincide con la de Gayo porque no está inserta en un sistema ni constituida como categoría de *species* y *genus*.

cuanto "*ipsum ius obligationis*",[83] el cual tiene la virtud científica de separar conceptualmente, de forma neta e inconfundible, el vínculo obligatorio, que es a lo que se refiere, de la causa *obligationis*,[84] que para Gayo tenía gran importancia (Gayo, *Institutiones* 3. 88 y 4. 2, al igual que en *2 res cottidianarum sive aureae*, D. 44. 7. 1 pr.). El término ciertamente reaparece en la cita que se hace de este fragmento de las instituciones de Gayo en el D. 1. 8. 1. 1, que se hace en la *Iustiniani Institutiones* 2. 2. 2.

En general la doctrina romanista no repara en la enorme trascendencia de la noción gayana de *ius obligationis* como referencia a todo tipo de deberes prestacionales, porque no hay aquí exclusión de los deberes prestacionales propios del *ius honorarium*. Una de las críticas a la definición justinianea de la obligación radicaba en que no se conocía por los juristas clásicos una definición abstracta de la obligación, sino que en su sistema operaban de forma casuista con una multiplicidad de obligaciones que no reconducían a una definición general.[85] Al respecto, se debe reconocer que en época clásica no pareciera posible ofrecer una definición abarcadora por parte de los juristas de los deberes prestacionales del *ius civile* y del *ius honorarium.* Las obligaciones en época clásica son solo las del *ius civile*, mientras que los deberes de prestación del *ius praetorium* no constituían verdaderas obligaciones por la peculiaridad de que sus acciones *in factum conceptae* carecían de *intentio* en su fórmula (sustituida por una mera descripción de los hechos, *nominatio facti*) y, con ello, del respectivo *oportere* (que es el término técnico distintivo de las obligaciones del derecho civil). Para tales deberes prestacionales del derecho honorario solo se predicaba su exigibilidad respecto

[83] ROBBE, *Osservazioni*, *op. cit.*, pp. 125-126.

[84] SANTORO, *Per la storia*, *op. cit.*, pp. 194-198.

[85] PEROZZI, *Le obbligazioni*, *op. cit.*, pp. 8-12; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, *op. cit.*, 288- 290.

del deudor por la expresión genérica "estar sujeto a la acción" (*actione teneri*) pero no se decía de ellos "estar obligados" (*obligatus essere*).[86]

Pero, además, en Gayo mismo, ya se encuentra una noción refinada de la obligación a través de dos textos fundamentales que dan contenido a su noción de *ius obligationis*. El primero de ellos es Gayo, *Institutiones* 4. 2: "*In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus dare facere praestare oportere"* ("La acción en la persona es por la que accionamos cuando litigamos contra alguien que nos está obligado, o por un contrato o por un delito, esto es, cuando pretendemos 'deber dar, hacer o prestar'").

Que los juristas romanos comprendían las obligaciones a través de sus acciones, es decir, el vínculo en su funcionamiento activo, es algo que resulta patente no solo aquí sino incluso en el título del D. 44. 7. *De obligationibus et actionibus*.[87] De manera que la conexión entre el *ius obligationis* (*Institutiones* 2. 14) y la definición de *actio in personam* aquí citada es completamente plausible. Se encuentra aquí muy bien delineada la sustancia (*substantia*), como dirá más tarde Paulo, de la definición de la obligación. La acción personal pone en

[86] Fuera del texto de Gayo y su reiteración en Justiniano, solo es posible encontrar la expresión *ius obligationis* en Marciano D. 20. 6. 5. 2, en que se refiere a la obligación principal garantizada con hipoteca, de la que se dice que vendido el crédito garantizado (*ius obligationis*), todas las obligaciones permanecen íntegras (*manent omnes obligationes integrae*). Después, una constitución de Antonino Magno Caracalla, del 214, C. 4. 2. 2, se refiere al caso de un mandatario que prestó dinero del mandante como propio y estipuló del mutuario que le fuera restituido a él ese *ius obligationis*, el mandante tiene la *actio mandati directa* para solicitar su reembolso. Otra constitución, de Gordiano, del 259, C. 4. 2. 3, nuevamente se designa *ius obligationis* a la obligación garantizada con *pignus*, lo mismo en la constitución de 239, C. 8. 26. 1, y en la constitución de 238, C. 8. 42. 5.

[87] ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, *op. cit*., p. 287.

el primer orden conceptual la pretensión, pues nos permite "accionar" (*agimus*), cuando pretendemos (*cum intendimus*), de "quien nos está obligado" (*qui nobis obligatus est*). Aquella *obligatio* viene descrita en su contenido como *dare facere praestare* en un texto que en esta parte sería idéntico al de Paulo, sino fuera por el verbo final: *oportere*. En la definición de *actio in personam*, de Gayo, no se alude a *obstringere*, porque solo hace alusión a la posibilidad de constreñir al deudor de un modo casi implícito, o al menos indirecto, que subyace a la secuencia *agimus-litigamus-intendimus*, que le dan la dimensión procesal, y por tanto la *vis* vinculante, a la acción que se define. Pero es precisamente el *oportere* el verbo que emerge como término técnico tomado de la *formula actionis* (como sabemos por Gayo *Institutiones* 4. 45), lo más expresivo respecto de que el demandante está exigiendo la prestación al deudor de forma compulsiva través de la *actio in personam*. Ante todo, entonces, aquí *obligatio* es *dare facere praestare oportere*, donde *oportere* es la forma estilizada por el proceso de *obstringere*.[88]

[88] *Oportere* como el deber perseguido procesalmente aparece ya desde época arcaica, en virtud de la introducción en las XII Tablas del *oportere ex sponsionem,* de Gayo, *Institutiones* 4. 17, en la *legis actio per sponsionem*, según ha explicado Cardilli. Es totalmente superflua la crítica que hace Zuccotti poniendo de relieve que *oportere* en otras acepciones puede significar "hacer lo adecuado", "hacer lo conveniente", porque en el derecho está bien documentado tanto para la época del *agere ex lege* como del *agere per formulas*, que *oportere* es el "deber" compulsivo, propio de las obligaciones civiles exigidas en juicio. En el derecho romano decenviral prevalece, por un lado, la obligación derivada de la forma oral (y el *nexum* requería de una *nuncupatio* para su celebración), mientras en los derechos orientales es clara la primacía de la forma escrita. Por otro lado, en Roma es clara la primacía de la ejecución personal, mientras en los demás pueblos antiguos desde hacía siglos se aplicaba la ejecución en los bienes del deudor. Por su parte, Corbino sabe de la preeminencia del *nexum* y la *sponsio* como las únicas formas obligatorias

En lenguaje de Quinto Mucio, es el *nexum*, la atadura del *ob-ligare*, aquello que más se destaca, el cual tendrá como efecto en Paulo la *substantia* de la obligación, que es su contenido, mientras que en Gayo, si bien la definición es la de acción personal, aparece la *obligatio* claramente delineada como un *dare facere praestare oportere*.

La utilización técnica que Gayo hace del verbo de la fórmula, *oportere*, al definir la *actio in personam*, es realmente la pieza fundamental por la que se une la *obligatio*, la atadura y la función de constreñimiento procesal de la *actio*. Esto aparece en la parte final de la definición de la acción personal: *dare facere praestare oportere*, en una relación de fuerza vinculante expresada en miras del derecho sustantivo, como relación sustantiva y no solo procesal, como ha expresado Pelloso.[89] Se trata de un valor sustantivo, *ius-actio*, que encontramos más claramente delineado en Celso, en su famosa definición de la acción, Celso, *3 digestorum*, D. 44. 7. 51: *"Nihil aliud est actio quam*

---

nominadas en la época, además de las intervenciones de *vindex* y *praedes* como obligados no inmediatamente con su persona, pero se niega a reducirlos solo a esos según el desarrollo social y a partir de la sola carencia de mayores datos, en lo que hace al "mutuo informal", que seguramente ya existía en la Roma arcaica. Corbino insiste, con razón, en que para el derecho arcaico (y clásico) la *traditio* debe ser entendida también como un acto dotado de elementos exteriores, propios del formalismo negocial de la época, de modo que tal negocio que está en la base del "mutuo informal" no se trata de un acto que resulte ajeno al contexto en que se desarrolló. Ver VOLTERRA, E. (1999). *Diritto romano e diritti orientali* (pp. 148-149). Jovene; CORBINO, A. (1994). *Il formalismo negoziale nella esperienza romana* (pp. 42-51). Giappichelli; CARDILLI, R. (2008). Archettipi dell'oportere nel oportere ex sponsione. En L. CAPOGROSSI-COLOGNESI & M. F. CURSI (Eds.). *Forme di Responsabilità in Età Decenvirale* (p. 4-5, 15-16). Jovene; CORBINO, *Inosservaza*, *op. cit*., pp. 24-28; ZUCCOTTI, F. (2020). Per una storia dell'oportere'. Divagazioni estemporanee e prospettive di ricerca. *Rivista di Diritto Romano Online*, *20*, 243-261.

[89] PELLOSO, *Il concetto*, *op. cit*., 234-243.

ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi" ("La acción no es otra cosa que el derecho para perseguir en juicio lo que se nos deba).[90] Como

[90] Por una parte, en cuanto al texto de Celso, Lenel establece que el título del libro 3 de los digestos, bajo el cual Celso trata la definición de acción, es "*De iudiciis omnibus*" ("De todos los juicios") y su posible correspondencia con el Edicto 14, *De iudiciis* (De los juicios). Por su parte, Stella Maranca informa sobre la tradición textual-editorial del fragmento y tempranamente, de manera correcta a mi parecer, sobre la superación de las sospechas de estar interpolado. Por otro, en lo que se refiere a la comparación entre las definiciones de Celso y de Gayo, aunque en castellano *debere* y *oportere* se traduzcan ambas por "deber", la diferencia entre los dos verbos ha de ser tenida en cuenta (al menos la diferencia en su significado procesal en estos casos concretos). La definición de Celso, D. 44. 7. 51, utiliza *debere* para definir toda acción, real o personal, mientras que la definición de Gayo, *Inst.* 4. 2, utiliza *oportere* para referirse únicamente a las acciones personales, por la razón que él mismo explica, respecto de que la fórmula de la *actio in personam civilis* contenía el verbo *oportere*. Celso define la acción en general, no solo la personal, desde la perspectiva de que ella ha sido conferida en el caso concreto, es decir, una vez que el pretor ya ha procedido a la *datio actionis* y la redacción de la *formula actionis* se ha perfeccionado por la *litis contestatio*. La *actio* definida es aquella que ya otorga derecho de llevar el asunto a juicio, a la etapa *apud iudicem*: "*in iudicio persequendi*". No es la acción en su estado preliminar, más abstracto (que también es parte del acervo romano), que corresponde a la enumeración que entrega el *Album Praetoris*. Así, Celso define la acción en el momento en que cualquier demandado, por una acción real o por una personal, ya es responsable (o como dicen los juristas, se hace efectivo sobre ellos el "*actione teneri*"), que corresponde a un *debere*, el cual consiste en un *condemnari debere* (*si paret*), es decir, es la vinculación que produce la fórmula entre las partes a partir de su parte ordinaria denominada *condemnatio*. Dicho en breve, en toda acción su fórmula establece un *debere* emanado de la *condemnatio* respecto de lo que *sibi debeatur*. En cambio, Gayo también define la acción situándose temporalmente en el momento en que ya se ha producido la *litis contestatio* y el demandante está autorizado a

en su día ya lo indicó Pugliese,[91] en las dos definiciones de obligación del *Corpus Iuris* (D. 44. 7. 3 y *Iust. Inst.* 3. 13. pr) se indica que el *vinculum iuris* permite compelerse al cumplimiento, pero en ambas es muy claro que ese aspecto procesal no es el elemento principal de la obligación, sino que lo que la caracteriza es que se trata de una relación previa: si el deudor es convenido en juicio es porque existía previamente un deber de cumplimiento. Lo mismo puede decirse de la definición de acción personal de Gayo, en que el *oportere* de la fórmula es un reconocimiento de una obligación previa de *dare, facere, praestare*, entre acreedor y deudor. Tal es así que no puede explicarse de otra forma el hecho de que, iniciado el *iudicium*, si el deudor demandado cumplía *medio tempore* con la obligación debía ser absuelto por el juez, según la máxima que el mismo Gayo, *Institutiones* 4. 114, nos transmite: "*omnia iudicia absolutoria ese*" ("todos los juicios son absolutorios"). Esto quiere decir dos cosas: por un lado, como principio, que lo que busca el ejercicio de la ac-

---

pasar a la fase *apud iudicem*, porque solo en esa etapa del *iudicium* se puede verdaderamente *litigare*. Gayo dice "*quotiens litigamus cum aliquo*". Quintiliano, *Institutio oratoria* 3. 6. 73: "'*Habeo ius actionis*': '*Non habes*'… *Accipiat enim actionem necne ad eventum pertinet, non ad causam, et ad id quod pronuntiat iudex, non id propter quod pronuntiat* ("'¡Tengo el derecho de la acción!': '¡No lo tienes!'… Porque [sc. que el demandante] reciba o no [el derecho de] la acción, pertenece al resultado eventual, no a la causa, y a aquello que el juez pronuncia, no aquello por cuyo mérito se pronuncia"). Ver PUGLIESE, G. (1978). Actio - Contestatio Litis. En *Atti del Colloquio Romanistico-Canonistico (febraio 1978)* (p. 347). Pontificia Universitá Lateranense; STELLA MARACNA, F. (1915). *Intorno ai frammenti di Celso*. L, LI y 17 (nº 23). Ermanno Loescher; LENEL, *Palingenesia*, op. cit., col. 131 (nº 24); *Edictum Perpetuum*, *op. cit*., p. 348; SANTORO, *Per la storia*, *op. cit*., pp. 289-377 y 379-450.

[91] PUGLIESE, G. (2006). *Actio e diritto subiettivo, con una nota di lettura di Letizia Vacca, una postfazione di Massimo Brutti* (p. 205). Jovene.

ción no es la condena sino el cumplimiento de la obligación por el deudor y, por el otro, como efecto procesal práctico, que si el deudor cumple antes del dictado de la sentencia, será absuelto por no existir en ese momento ya el incumplimiento.[92]

Betti dice al respecto:

> Es verdad que la obligación suele ser formulada por los romanos en su contenido como *dare facere* (*praestare*) *oportere* o sea como un deber de prestar. Pero si se profundiza el alcance de esa expresión, se encuentra que la coacción a la que se alude con ésa no es tanto una coacción al cumplimiento específico, sino una coacción indirecta al pago del equivalente pecuniario, en el que su contenido en definitiva se resuelve: coacción que no ha perdido del todo el carácter de carga, sino que todavía presenta trazos de muchos aspectos, destinados a una progresiva involución. Y precisamente por eso los juristas romanos hablan, más correctamente, de *necessitas solvendi* al definir la obligación.[93]

Sin embargo, Betti comete un importante error. Porque *oportere* si bien en este contexto tiene una carga coactiva por su función

---

[92] PELLOSO, *Il concetto*, *op. cit*., pp. 244 a 261; SANTORO, *Per la storia*, *op. cit*., 203-288.

[93] "*È vero che l'obbligazione suole dai romani esse formulata nel suo contenuto come un dare facere (praestare) oportere ossia come un obbligo di praestare. Ma se si approfondisce la portata di quell'espressione, si trova che la coazione a cui con essa si allude, non è tanto coazione all'adempimento specifico, quanto coazione indiretta al pagamento dell'equivalente pecuniario in cui il suo contenuto in definitiva si risolve: coazione, che non ha del tutto perduto il carattere di onere, ma ne serba ancora traccia sotto molteplici aspetti, destinati a una progressiva involuzione. E per l'appunto di necessitas solvendi parlano, più correttamente i giuristi romani nel definire l'obbligazione*". Ver BETTI, E. (1955). *La struttura della obbligazione romana e il problema della sua genesi* (pp. 24-25). Giuffré.

procesal, es un "deber" que no está conectado con el pago del equivalente pecuniario, sino precisamente con el cumplimiento específico (con el vínculo previo, como decía Pugliese), es decir, con la relación obligatoria que se encuentra desde antes del ejercicio de la acción. Lo anterior, porque el pago de dinero, *dare pecuniam*, viene expresado en la *condemnatio* (Gayo, *Institutiones* 4. 49), mientras que el *oportere* aparece en la *intentio* (Gayo, *Institutiones* 4. 41), que es la que contiene la pretensión, la relación jurídica fundamental (previa) que puede consistir en un *dare facere praestare*. En consecuencia, es muy claro que, en la mentalidad romana, *dare facere praestare oportere* es una expresión sustantiva referida a la obligación, si se quiere, como "deber de prestar". Betti, en cambio, se encuentra enfrentado a la noción de garantía (*haftung)* como elemento distinto de la prestación (*debitum*), que se tomó de los derechos germánicos y que penetró en el derecho civil, aunque no tenga cabida en las fuentes romanas.[94] Lamentablemente este punto delicado e importante no puede tratarse aquí.

VI.

Tenemos hasta aquí que ya en Gayo encontramos un "*ius obligationis*", constitutivo de una categoría general (la especie, *obligationum quoquo modo contractae*), cuyo contenido se descubre a través del ejercicio de la acción personal, definida en *Institutiones* 4. 2,[95] por la cual el que está obligado frente a un acreedor (*qui nobis… obligatus est*), "debe" (*oportere*) dar, hacer o prestar (*dare facere*

[94] CARDILLI, *Archettipi*, *op. cit*., pp. 4-5.

[95] SANTORO, *Per la storia*, *op. cit*., pp. 6.

praestare).[96] Tales prestaciones son el contenido de la obligación, y el *oportere* que las introduce se refiere en primer lugar a ese "deber" sustantivo (de prestación, si se quiere), que se exige compulsivamente y que, si no se cumple, en la sede procesal da lugar al otro sentido que tiene ese *oportere*, que es la procedencia de la condena pecuniaria. Es decir, lo que hoy podríamos llamar la responsabilidad por el incumplimiento (*Institutiones* 4. 43 y 49), que para los romanos es más exacto designar *actione teneri*.

No habla Gayo de la obligación como *vinculum iuris*, ni hay realmente ningún indicio de que él aportara a la formulación de su *definitio* por Justiniano. No obstante, gracias a él se conoce el origen histórico de la palabra clave de la metáfora *vinculum* para designar la relación entre el acreedor y el deudor. Se trata de idealizar a través de la adjetivación "*iuris*", el histórico *vinculum corporale*, originalmente físico entre los sujetos a que daba lugar la *manus iniectio*, porque *vincula*, "cadena", corresponde al encadenamiento que se ejercía

[96] Esta conexión entre la patrimonialidad (Gayo, *Institutiones* 2. 1), la alusión a un estatuto sustancial que corresponde al *ius obligationis* (Gayo, *Institutiones* 2. 14) y el contenido de ese estatuto en la *actio civilis in personam* (Gayo, *Institutiones* 4. 2) no siempre se tiene en cuenta. La mayoría de las veces los autores se quedan en la *summa divisio*, entre cosas de derecho divino y de derecho humano (Gayo, *Institutiones* 2. 2), que en realidad tiene solo un valor negativo (porque niega el posible carácter patrimonial de las cosas de derecho divino), que pareciera ella sí tener fines más bien didácticos en cuanto a proponerla como división principal *summa*, además de tener en cuenta la perspectiva de la "patrimonialidad" de Gayo, *Institutiones* 2. 1, que encabeza la exposición, tiene un fondo sustancial pragmático (más allá de que en la forma, la contraposición patrimonial-extrapatrimonial sea típicamente dialéctica), no son generalmente tenidas en cuenta como puntos de partida del tratamiento gayano de las obligaciones, pero es importante para comprender en profundidad esta taxonomía gayana. Ver BALDUS, *I concetti*, *op. cit*., pp. 46-48.

sobre el deudor en época de las acciones de la ley, cuando no intervenía un *vindex* en defensa de aquel, según Gayo, *Institutiones* 4. 21: "…*qui vindicem non dabat, domum ducebat ab actore et vinciebatur*" ("…quien no daba un *vindex,* era conducido por el demandante a su casa y encadenado").[97] Este encadenamiento y su efecto de "constreñir" si bien se había superado en materia de obligaciones, quedaba en la mente como imagen propia de las penas por los crímenes. Así lo recuerda en el siglo V San Isidoro de Sevilla, *Etymologiarum* 5. 27. 6: "*Vincula a vinciendo dicta, id est, artando dicta, eo quod constringant atque riteneant; vel quia vi ligant*" ("'Cadenas' es dicho por 'encadenamiento', esto es, dicho por 'atando', ello dado que constriñen y retienen; o porque ligan con violencia").

Pero el carácter ideal de la vinculación, que Justiniano destaca como *vinculum iuris* (*vincire iure*) o encadenamiento de derecho, no era necesario que Gayo lo incluyera con recurso a ninguna metáfora al interior de su definición de *actio in personam*, porque ello, que no es más que una forma de expresar el mismo *ob-ligare*, ya estaba implícito. La acción personal pertenece a un nivel más amplio y abstracto de su sistema expositivo, correspondiente a la categoría del "*ius obligationis*", y por ello corresponde al género de las cosas incorporales, *quae iure consistunt* (*Institutiones* 2. 14). Por ello no era necesario que, al descender en su escala sistemática hasta la definición de *actio in personam*, tuviera que señalar pleonásticamente que el *obligatus* era un *obligatus iuris*, o que el *oportere* era un *oportere iuris*.[98]

Justiniano, en cambio, alejado del prístino sentido del *oportere*

---

[97] El uso de cadenas está confirmado por Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 20. 1. 44 (*vinciebantur*), 45 (*vincito*, *vinctum habebit*), 46 (*in vinculis*), y Tito Livio, *Ab urbe condita* 6. 14. 4 (*in servitutem ac vincula duci videam*). Ver CORBINO, *Inosservanza*, *op. cit*., 29- 32.

[98] Ver, si bien con otros énfasis y sin detenerse en el "*ius obligationis*", en FALCONE, *La definizione*, *op. cit*., pp. 92-102.

formulario e inmerso en el vocabulario de la *cognitio extraordinem*, ya no contaba con ese verbo para denotar lo mismo que Gayo, porque el valor semántico del término se había perdido, como se desprende de la noción de *actio in personam* que ya venía desde Ulpiano, en el contexto del procedimiento extraordinario, Ulpiano, *6 ad edictum*, D. 50. 16. 10:

> *"Creditores" accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione vel honorario vel extraordinario, sive pure sive in diem vel sub condicione. Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum. Sed si non sit mutua pecunia, sed contractus, creditores accipiuntur.*
>
> "Acreedores" consta que significa aquellos a los cuales se debe por cualquier acción o persecución, o por derecho civil sin alguna excepción de remoción perpetua, o por honorario, o por extraordinario, sea puramente sea a plazo o con condición. Puesto que si se les debe naturalmente, no están en lugar de los acreedores. Pero si no hay dinero mutuado, sino un contrato, se entienden acreedores.

El emperador, en cambio, requiere para expresar la fuerza coactiva de la obligación, a través de su acción personal, de una nueva categoría, un nuevo *genus*, que es el "*vinculum*", del cual extrae una *differentia* que le permite establecer la *species*, el "*vinculum iuris*".[99] Cumplida esta operación intelectual y lingüística, acude a una perífrasis: la relación *vinculum iuris-solvendae rei-necessitate-adstringimur*, para referirse al contenido de la prestación en su carácter de exigible. Por otro lado, ahora, para aludir a la coacción procesal en caso de incumplimiento, no tiene más posibilidad que hacer una alusión

[99] PELLOSO, *Il concetto*, *op. cit*., 222 n. 168 y 223; SANTORO, *Per la storia*, *op. cit*., p. 7.

directa al sistema positivo de ejecución procesal: "*secundum nostrae civitatis iura*". De hecho, esta frase no es clásica, porque un jurista clásico habría entendido por *ius civitatis* el *ius civile* como opuesto al *ius gentium* (de hecho, así ocurre literalmente en Gayo, *Institutiones* 1. 1), o bien podría haber comprendido el *ius civile* como opuesto al *ius praetorium*. Pero ninguna de esas lecturas se aviene con la definición de las *Iustiniani institutiones* 3. 13. pr., pues ya en 3. 13. 1 se entiende que es una definición abarcadora de los vínculos obligatorios cualquiera sea el ordenamiento que los sancione, pues precisamente en ese párrafo puesto a continuación de la *definitio* se declara la validez de ésta para todo ordenamiento. La alusión a "los derechos de nuestra ciudad" solo puede referirse a la posibilidad de que la prestación sea exigida compulsivamente. Por tanto, las *obligationes secudum nostrae cititatis iura* se oponen a las obligaciones naturales, es decir, a las no dotadas de acción para exigir su cumplimiento.[100] La confirmación, de hecho, se encuentra en las mismas *Iustiniani institutiones* 2. 23. 1, al tratar el fideicomiso, cuyas disposiciones no son exigibles, señalando que "*et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur*" ("y, por ello, son llamados 'encargos fiduciarios' [fideicomisos], porque no se fundaban en ningún vínculo jurídico, sino solo en el pudor de aquellos que los rogaban").[101]

La genialidad y fortuna de la definición de obligación de Justiniano a través de la rica y expresiva imagen de la "cadena de derecho" (*vinculum iuris*) radica en su generalización distinta de la que aparece a primera vista. Ésta no es una expresión inédita o desconocida en

[100] CANNATA, *Le definizioni*, *op. cit*., pp. 331-335.

[101] Así lo destaca Falcone, quien a través de esta fuente quiere trazar la paternidad gayana, a partir de las *Res Cottidianae*, no solo del pasaje sino de la expresión misma "*vinculum iuris*", lo que no puede tenerse por acreditado. Ver PELLOSO, *Il concetto*, *op. cit*., 222 n. 168; FALCONE, *La definizione*, *op. cit*., pp. 8-25.

el casuismo de los juristas clásicos. El *nexum*, como término para designar la *obligatio* en Quinto Mucio, en cuya época ya no era un lazo físico, de alguna manera apunta a lo mismo. En síntesis, tanto *nexum* como *vinculum* tienen lingüísticamente mucho de simple sinonimia o tautología con *ob-ligatio*.[102] En tal sentido, el *ius obligationis* de Gayo es una distinción tanto o más abstracta que el *vinculum iuris* de Justiniano. Pero la definición justinianea no es semántica sino exquisitamente jurídica, y en esta dimensión la categoría "*iuris vinculum*" es un sensacional acierto.

La abstracción de la definición del *vinculum iuris* de Justiniano supera a la del *ius obligationis* de Gayo, no en su capacidad sistemática (que permite reconocerle un estatuto común y además un puesto en la ordenación de todo el derecho en *personae, res, actiones* que, por lo demás, Justiniano también adopta), sino en relación directa con su capacidad para deslindar y definir estrictamente la noción de *obligatio*. Esto también se observa en la simplificación de la prestación, desde el *dare facere praestare*, hasta el sencillo y expresivo *aliquid solvere*, aunque como paradoja la doctrina posterior a la experiencia romana, desde criterios sincrónicos y puramente esquemáticos, tenderá a "completar" la expresión justinianea con el *dare facere praestare* paulino.[103] Ese *rem solvere* se incardina en la *necessitas* que deriva del carácter jurídico del vínculo y que reempla-

[102] Sin llegar al extremo denunciado exageradamente por Albertario de que definir "*obligatio*" con la necesidad de la "*solutio*" sería una tautología (ligar-desligar), porque, como señala Cannata, la definición de Justiniano, en tiempos en que la ligazón física era ya muy lejana y extraña a la noción de obligación, no es que la obligación me ate y la solución me desate, sino que la obligación nos constriñe a *solvere aliquam rem*. El sujeto *obligatus* es distinto del objeto *solutus* y, por tanto, *solutum* no quiere decir disuelto o liberado sino pagado. Dos planos completamente diferentes. Ver CANNATA, *Le definizioni*, *op. cit.*, pp. 329-330.

[103] CANNATA, *Le definizioni*, *op. cit.*, p. 322.

za, por la razón histórica ya apuntada, el *oportere* de la definición de *actio in personam* gayana.[104] De hecho, el punto de mayor distinción entre una concepción y otra es que Gayo aún se restringe a la obligación civil (denotado por el *oportere* formulario), mientras que en la definición de *obligatio* ofrecida por Justiniano existe una fuerza explicativa poderosísima, cuyo fin último fue superar la distinción de la obligación que se exigía por la acción civil *in personam*, de las llamadas solo abusivamente obligaciones pretorias, que se exigían por acciones honorarias *in factum conceptae*, lo que es explícito en *Iust. Inst*. 3. 13. 1.[105] Con ella, Justiniano logra el incomparable triunfo de una única noción de obligación abarcadora de todas las vinculaciones exigibles entre acreedor y deudor: toda obligación es tal porque está dotada de alguna acción para exigir su cumplimiento.[106] Pero es posible pesquisar niveles de abstracción muy profundos ya desde la época clásica, entre otros, en las definiciones contenidas en textos pedagógicos como los de Gayo o de Paulo.

[104] PELLOSO, *Il concetto*, *op. cit*., 234-243.

[105] STURM, *Scientia*, *op. cit*., pp. 5-7.

[106] PELLOSO, *Il concetto*, *op. cit*., 222 a 226.

El culto a los muertos en Roma

Juan Carlos Ghirardi[107]

I. Origen de los sepulcros

Siendo rigurosos, como cabe a toda investigación, y si bien ha quedado sentado que solamente nos ocuparemos de los antecedentes del tema en Roma y su derecho, cabría formularse una pregunta: ¿cuándo empezó el hombre a enterrar a sus muertos?

El *homo sapiens* comienza a manifestar su existencia en la historia, aunque sobre todo esto hay todavía gran controversia, cuando los hielos de la última glaciación comenzaron a retroceder, quizás unos doce mil años a. C.[108] Sucedió cuando algunos representantes del género *homo* ingresaron procedentes del África en el rincón sudoccidental de Europa y confluyeron en algún lugar cercano a los Pirineos con otra especie del mismo género, que venía desde el Asia. Pero la inhumación es más antigua, anterior al *homo sapiens.*

[107] Abogado y doctor en derecho por la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador categorizado en Secyt-UNC. Presidente emérito de ADRA. Profesor titular plenario de Derecho Romano de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de honor de la Real Academia Española de Legislación y Jurisprudencia.

[108] DARLINGTON, C. (1974). *Evolución del hombre y de la sociedad* (p.18). Aguilar.

Mucho más antigua, la practicaba ya el hombre de Neandertal, que no es antecesor directo del género homínido actual, sino una rama ya extinguida del mismo tronco del que surgió este último. Los hallazgos arqueológicos dan fe de la existencia de sepulcros de por lo menos cuarenta mil años de antigüedad. Se los reconoce por la existencia, junto a restos óseos, de flores y utensilios, que solamente pudieron haber sido colocados allí intencionalmente, lo que estaría revelando alguna especie de ceremonia de entierro.[109]

Ello nos lleva a la etapa de salvajismo del género, que es anterior a la barbarie, y se ubica en plena prehistoria. En ese entonces, cuando se formaron las primeras organizaciones sociales, habrían comenzado a regir primitivas normas. Fue en esa época también cuando la propiedad individual comienza a desgajarse de la colectiva.

Esta propiedad individual recayó sobre implementos de uso personal, ya que las tierras y las viviendas en ellas construidas pertenecían a la sociedad, tribu, clan o fuere la forma en que ésta estaba organizada. Es posible que el mismo destino (cosas comunes a todos), hubieran tenido los lugares destinados al entierro de cadáveres, los cementerios prehistóricos, si bien las tumbas en sí o al menos la custodia de éstas, debieron de pertenecer a la familia de los sepultados en ellas. Realizamos esta inferencia porque los más valiosos bienes de carácter puramente personal, producto de los inventos, se depositaban en la sepultura de quien, en vida, había sido su dueño.

Pero quedamos con que el rito del entierro surge en el período de salvajismo del género humano, al más primitivo de todos los estadios de evolución de la humanidad. Es la época de formación de la especie como tal, que se diferencia de los otros animales y, comenzando de la nada respecto al saber y experiencia, libraron su gran lucha.

---

[109] CEREJEIDO, M. (2014). En L. Heker (Comp.), *Diálogos sobre la vida y la muerte* (p. 65). Hugo Benjamín.

Primero por la subsistencia, contra los elementos y las bestias feroces, luego por progresar. Carecían por entonces del conocimiento del fuego, obviamente no practicaban artes de ningún tipo, les faltaba hasta el habla misma, que solamente va a aparecer en un período posterior de la historia,[110] cuando la cavidad bucal y la lengua se modifiquen, para permitir modular sonidos inteligibles, y con ello nazca el lenguaje.

Es a partir del momento en que el hombre primitivo adquiere estos dones cuando nacen las creencias religiosas. Posiblemente hayan adorado inicialmente al fuego, que les daba un rudimentario dominio sobre la naturaleza, y al sol y los astros, que vendrían a representar una imagen de éste. Del fuego, fuente de vida.

Pero para entonces se hallan también en pleno apogeo la brujería y el canibalismo. Debemos tener muy presente la idea de antropofagia, que probablemente haya sido la primera manera de disponer del cuerpo de los muertos. Sería erróneo, por el hecho de que se hayan encontrado primitivos sepulcros, llegar a la conclusión de que todos los difuntos eran enterrados. Muy posiblemente la mayor parte de ellos haya sido devorada por sus congéneres, por necesidad de alimentarse o por motivos religiosos. El hábito de comer cadáveres

---

[110] MORGAN, L. H. (1971). *La sociedad primitiva* (p. 59). Ayuso. Este autor divide la evolución del hombre en los siguientes períodos: a) Estadio inferior del salvajismo (comienza con la aparición del género humano); b) Período medio del salvajismo (comienza con el empleo del fuego y la incorporación del pescado a la dieta); c) Período superior del salvajismo (comienza con la invención del arco y las flechas); d) Período inferior de la barbarie (comienza con la invención del arte de la alfarería); e) Período medio de la barbarie (comienza con la domesticación de animales y la aparición de los primeros cultivos); f) Período superior de la barbarie (comienza con la fundición del hierro y la fabricación de elementos hechos con ese metal. Es el período en el cual el autor coloca la fundación de Roma); g) Estadio de civilización (desde la invención de un alfabeto y el empleo de la escritura, en adelante).

debió sin duda integrar la cultura humana desde el momento de la aparición misma del género.

II. Italia primitiva

Fueren cuales hayan sido las migraciones humanas anteriores, la primera gran cultura que se expande por la península itálica, expulsando a los antiguos habitantes del país, fue la de los pelasgos, una raza apegada a los ritos y cultos mágicos, que veneraba dioses subterráneos y se distinguían por ser belicosos y sanguinarios.

Antes de ellos, solamente existen conjeturas. Se habla de pueblos sículos, enotrianos, peucetanos, tirrenos... Hombres de la tierra, en suma, quizás los antecesores de oscos y volscos en las llanuras del Lacio y la Campania, sabinos y samnitas en las regiones montañosas del Apenino, todos de raíz indogermánica. Vivían en pequeñas aldeas tribales dedicadas a la explotación agrícola y pastoril.

Pero alrededor del 1500 a. C. advinieron los pelasgos, procedentes del Egeo. Ellos, quizás emparentados con cretenses y micénicos, se habían adueñado de todo lo que luego fue Grecia, antes de que aparecieran los helenos. También del territorio de lo que más adelante fue Troya,[111] ocuparon las costas de Italia en su casi totalidad, extendiéndose tan lejos como para haber fundado Sagunto, en Hispania. Pareciera que a los pelasgos se debe, en cuanto nos interesa, la fundación originaria de las doce grandes ciudades de Etruria, junto a otras doce a orillas del Po, y doce más al sur del Tíber.

En relación a nuestro tema, inhumaban a sus muertos en pequeños

[111] Lo que vendría a dar a la historia tradicional del origen de Roma, el fondo de veracidad que tiene toda la leyenda. Los romanos, latinos, tienen un origen común con Troya, uno y otro pueblo exhiben antecesores pelásgicos.

sepulcros, dentro de los cuales se depositaban los cadáveres encerrados en rudimentarios cofres de piedra laja que tenían la forma de cabañas, cubriendo luego la sepultura con un túmulo.

Como se advierte, la muerte no es para este pueblo sino otra forma de existir, pero en un mundo diferente. Por eso, y para que el difunto esté cómodo, se lo deposita en una cabaña, similar a aquella donde habitó en vida, y se lo rodea de sus objetos favoritos. Brazaletes y broches de bronce, paletas rituales, espadas, cuchillos, lanzas y cuentas de pastas fueron hallados en estos sepulcros primitivos.

Lentamente, luego los toscos cofres de laja se transformarán en urnas más trabajadas, de forma panzuda o bitroncocónica, siendo reemplazado el túmulo originario por algo más elaborado, generalmente un yelmo, o su reproducción en arcilla, probablemente para ahorrar metal.

En estos sepulcros hay ahora ya lugar, aparte de para el cuerpo y los utensilios personales que había utilizado otrora el difunto, también para algunos —si bien poco numerosos— implementos importados de Grecia, Chipre, Sicilia o Cerdeña. Si pensamos en lo escaso y dificultoso del comercio en aquellos tiempos, y del valor que consecuentemente deben haber alcanzado los objetos importados, quizás comprendamos mejor la importancia que los pelasgos debieron haber dado a la sepultura.

Y, repentinamente, se extinguieron. Desaparecieron completamente, pese a haber sido dueños indiscutidos de una comarca tan extensa, abatidos por erupciones volcánicas, plagas y, por qué no, por obra y gracia de los enemigos que habían sabido forjarse. Los sobrevivientes se fusionaron con los pueblos vecinos que hasta entonces habían dominado, asimilándose tan bien que ni un vestigio de su cultura original conservaron.

Es entonces que otros pueblos contemporáneos a los pelasgos van a ocupar el centro de la escena. Latinos, en el bajo valle del Tíber; oscos, umbros, samnitas, en los Abruzzos; sabinos, vénetos y ligures, en el Piamonte. Y, por supuesto, los etruscos.

III. Los etruscos

Otro pueblo importante que entra en escena, del cual ignoramos casi todo. Los romanos se encargaron prolijamente de hacer desaparecer todo cuanto recordase a esa tan odiada civilización.

Se puede hablar de Roma sin mencionar a Etruria, sin duda es lo que los descendientes de Rómulo hubieran preferido. Pero estimamos que no podemos omitir una referencia, así sea muy somera, a esta otra gran civilización que surgió en la región septentrional de Italia y que dominó gran parte de la península mucho antes de que se sentaran las bases del Estado que habría de regirla por más de un milenio.

Existe otro motivo, y es que este pueblo es mencionado en las antiguas crónicas desde los orígenes mismos de la nueva ciudad. Plutarco[112] refiere que Céler, uno de los partidarios de Rómulo a quien adjudica el hecho material de la muerte de Remo, se refugió en el país tirreno luego del magnicidio. Más adelante cuenta que el rey hizo venir de Etruria, o Tirrena, algunos varones sabios para que dirigiesen las ceremonias fundacionales, a la manera de una iniciación.

Los etruscos fueron, conjuntamente con los griegos que colonizaron el sur, la denominada Magna Grecia, las culturas más avanzadas que habían pisado hasta entonces suelo italiano. Además, los ritos y las costumbres etruscos debieron haber tenido en aquellos tiempos primitivos, gran influencia sobre los latinos.

No sabemos de dónde provenían, aunque al respecto se formularon tres teorías, que no está mal aquí mencionar, así sea muy sucintamente. Según la primera de ellas, defendida por Heródoto[113] y compartida por Tácito y Séneca, llegaron a las costas del Tirreno por mar, provenientes de Lidia, en el Asia Menor, en tiempos de la guerra de Troya, o sea, el siglo XII a. C.

---

[112] PLUTARCO (1985). *Vidas Paralelas. Rómulo.* Gredos.

[113] HERODOTO. 1. 94.

A finales del siglo V a. C., Helénico de Lesbos propone otra hipótesis, según la cual los etruscos serían los descendientes lejanos de la estirpe pelásgica, jamás extinguida y que con ellos habría renacido. Por fin, una tercera suposición, formulada por el francés Nicolas Fréret en 1741, reivindica para ellos un origen nórdico, o al menos centroeuropeo, haciéndolos parientes de las civilizaciones danubianas.

Pero fuere cual haya sido el origen del pueblo etrusco, que continúa en las tinieblas, lo que nos interesa son sus tumbas. Y al respecto, podemos decir que el arte funerario que desplegaron carece de paralelos con el geométrico, propio de los demás pueblos contemporáneos a ellos, que floreció en el resto de las costas del mar Mediterráneo.

Hasta el siglo VIII a. C. los etruscos incineraron los cadáveres de sus difuntos, a diferencia de lo que venían haciendo otras culturas, la egipcia o la griega, por ejemplo, que les construían inmensos monumentos funerarios. No en vano dos de las antiguas siete maravillas del mundo, las pirámides y el mausoleo de Mausolo, son tumbas.

Allá por el siglo VII a. C. se construyeron en Vetulonia numerosas "fosas de incineración", las más recientes datan del 700 a. C. y se destacan por su sobriedad, diríamos por su pobreza. Están agrupadas como si se tratase de cementerios y rodeadas apenas por círculos de piedras bastas.

El procedimiento de la incineración habría sido el que primero fue utilizado por los etruscos, y perduró hasta finales del siglo VII a. C. Aparentemente, Chiusi fue la región de la que más tarde fue desterrada esa costumbre, aunque para esos tiempos en las grandes ciudades del norte, Vetulonia y la misma Chiusi, comenzaron a aparecer las sepulturas monumentales destinadas al entierro de los cadáveres.

Por consiguiente, las "tumbas de pozo" donde se cremaban los muertos van siendo reemplazadas por "tumbas de fosa", algunas muy grandes como la "tumba Bernardina", cuya antigüedad se remonta al año 675 a. C., que tenía 5,50 metros de largo por 3,80 de ancho y 1,70 de profundidad, en las que se introducía el cadáver y

su ajuar, todo lo cual se tapaba con un techo de vigas cubierto por tierra y piedras.

Estamos ante el nacimiento de las denominadas "tumbas de cámara", cuyo uso va a ir extendiéndose a partir del siglo VI a. C. Gradualmente el pequeño túmulo de tierra que las recubre irá siendo circundado por un basamento circular de piedra, como en la necrópolis de Banditaccia, la más importante de Caere.

En la misma Caere hallamos la tumba de Regolini-Galassi, del año 650 a. C., y también aparecen los columbarios, formados por celdillas cada una de las cuales es un sepulcro.

En esta línea de construcción se puede citar la tumba Cassal Marítima de Volterra, que data de las postrimerías del siglo VI. Allí también encontramos una cubierta consistente en una falsa bóveda, con hiladas de piedra que sobresalen unas de otras. O la hallada en el año 1980 en Monte Michelle, en la antigua Veyes.

Ha nacido el concepto de que el sepulcro es la "casa del muerto". Su arquitectura varía según los lugares y los materiales de construcción disponibles, sin que deba desdeñarse la influencia de los gustos y costumbres locales. Generalmente había dos formas de entierro, en una de ellas la urna funeraria se colocaba dentro de otra mayor para ser así enterradas ambas conjuntamente. De acuerdo a la otra, se depositaba el cadáver en un recipiente, especie de sarcófago, con la forma de cuerpo humano, denominado "jarro canópico".

Es a partir de esta época en que aparecen los sepulcros propiamente dichos, excavados en la tierra o la roca, construidos como cámaras rectangulares situadas a menudo en hilera, como sucede con la denominada "tumba de los vasos griegos" de Caere, construida en el siglo V a. C.

Son, como se expuso más arriba, verdaderas moradas para el difunto, con su corredor de entrada flanqueado por habitaciones, una especie de atrio y otras piezas al fondo. En éstas yacían los cadáveres, sobre lechos de madera, apoyados en plataformas de piedra. Con lo cual se produce una nueva transformación en el rito

funerario, frente a la tumba individual, aparece el panteón familiar, quizás cuando este tipo de vínculo comienza a ser fundamental en las costumbres sociales.

Pero lo más importante de todo lo que hasta allí se lleva expuesto es la conclusión que debemos extraer para que la narración no sea meramente descriptiva o anecdótica. Si el difunto precisa de una vivienda, ello es reflejo de la creencia de que existe vida después de la muerte. El espíritu no perece con el cuerpo, sino que lo perdura.

Por ello en las tumbas hay mobiliario, existen pinturas en las paredes, y todo el sepulcro se encuentra organizado como una casa, lista para ser habitada, con todos sus utensilios y enseres. Tal sucede, por ejemplo, con la cámara mortuoria de la denominada "tumba de los relieves", situada en Caere y que data del siglo II a. C.

Para concluir, unas palabras sobre la localización de las sepulturas. Ellas se alineaban, como sucedería más tarde con las romanas, a la vera de los caminos, o bien se agrupaban en necrópolis, emplazadas en terrenos próximos a las ciudades. En las cercanías de Tarquinia, por ejemplo, se hallan muchas tumbas agrupadas. La "de los leones", la "de la caza y la pesca, la "del triclinio", la "del tifón", la "de los escudos", la "de los leopardos", la "del Cardenal", la "de Orcas", la "de los vasos pintados", la "del hombre viejo", la "del carro", la "del Barón", la de "los toros", la "de los juegos olímpicos" y la "de los augures".

En realidad, habiendo sido todo rastro de la civilización etrusca minuciosamente eliminado por los romanos, para reconstruir las costumbres de este pueblo y su vida doméstica hemos de recurrir a las sepulturas. El lugar donde se vivía después de la muerte.

Pero vayamos finalmente a Roma. Notaremos enseguida que, en la misma sintonía con el pensamiento etrusco, para el romano morir no es desaparecer, simplemente implica una transformación.

IV. El funeral romano

Por lo general, al hombre no le gusta pensar que su destino final es la muerte, aunque sepa que ella es inevitable. No desvirtúa en absoluto esta afirmación el hecho que algunos pueblos, tanto hoy como en la Antigüedad, eduquen a sus ciudadanos para morir sin temor, porque en este caso lo anhelado es un tipo especial de muerte, usualmente aquella para la cual fueron preparados, no cualquier tipo de fallecimiento.

Hay quienes consideran absolutamente indiferente el destino final de sus despojos cuando abandonen el mundo, pero no es ése el concepto social. En la comunidad, y esto no puede atribuirse a la influencia de la Iglesia porque la práctica viene de antes de que ella exista y perdurará luego de su desaparición, socialmente impera la idea de la *pietas* hacia el difunto.

¿Ánimo de guardar las apariencias? ¿De mostrar algo por mera convención social? ¿Porque es bien visto? ¿Respeto sincero por el que ya partió? ¿Deseos de asegurarle un buen tránsito al más allá? Esto último particularmente tiene otras implicancias, la creencia en otra vida, que no es del caso tratar acá. Pero lo que nos interesa es que existió siempre, aún en los pueblos primitivos, algún tipo de rito fúnebre. Nos interesa mostrar el de los romanos. Los romanos paganos, porque del cristianismo se ocupa otra sección de este trabajo.

En caso de una muerte natural, se colocaba al moribundo sobre la tierra desnuda cuando estaba próximo a expirar, y alguno de sus seres queridos recogía con un beso su último suspiro, cerrándole después los ojos.

Según la creencia de los romanos, las almas de aquellos cuyos restos no habían recibido los últimos honores erraban miserablemente durante mil años por las orillas del Styx: de ahí que no hubiera muerte más temida que la que se hallaba entre las olas.

Aquellos que no temían al Styx,[114] ricos o pobres, deseaban al menos una mano amiga que les cerrara los ojos al momento de morir. Cuando el pariente más próximo había puesto sus labios sobre los del moribundo para recoger su último suspiro y cuando se le habían ya cerrado los párpados, se llamaba al muerto tres veces en voz alta. Esta costumbre llega a nuestros días a través del derecho Canónico, y se procede de esta manera cuando fallece un Papa.[115]

---

[114] En la mitología griega, los humedales eran a menudo lugares sagrados asociados a deidades. El río Styx (probablemente, el actual río Acherón) tenía especial importancia, ya que separaba el mundo de los vivos del Hades, el de los muertos. Los poetas orales y literatos que dieron forma artística a los símbolos y narraciones de la mitología griega, como Homero y Hesíodo hace unos 2500 años y Ovidio en la Roma de Augusto, utilizaron escenarios de humedales continentales, fluviales y costeros para muchas de sus narraciones más interesantes. Hades es tanto un dios como un lugar: lo que se conoce como "el Hades" es "la casa de Hades", o sea, el país de los muertos; la región adónde eran conducidas las almas de los que abandonaban este mundo. También Hades o Plutón, como lo conocieron los romanos, era quien reinaba sobre el Tártaro o infierno, rodeado por el pestilente río Aqueronte (o Styx), por un lado, y la laguna Estigia, en la cual yacían las almas de los muertos aun no juzgados por los jueces del infierno, Radamanto y Sarpedón, por el otro. Según la mitología, los muertos, después de abandonar este mundo, eran llevados a este reino por Hermes (el Mercurio de los romanos), pero el mensajero de los dioses solamente llevaba las almas hasta la frontera, hasta las orillas de un horrible y pestilente río Styx (la palabra, en griego, significa "odioso"), cuyas aguas estaban envenenadas. Allí, Hermes le entregaba el muerto a Caronte, quien, con su barca y Cerbero, su perro, se encargaban de cruzar los muertos a la orilla opuesta, al Hades propiamente dicho. Caronte brindaba sus servicios por una módica recompensa en metálico siendo que, para pagar en viaje, los griegos tenían la costumbre de ponerle una moneda en la boca a los muertos.

[115] Resulta sumamente ilustrativa al respecto la nota publicada en el diario *La Voz del Interior* del sábado 4 de abril de 2006, al momento del fallecimiento de Su Santidad

Juan Pablo II, titulada "Qué ocurrirá después de la muerte": "Una vez fallecido Juan Pablo II, se han puesto en marcha una serie de ritos, basados en la tradición o normas aprobadas por los papas a lo largo de los siglos. (...) Certificación de la muerte. En los primeros siglos, para saber si el Papa se estaba muriendo el médico aproximaba a sus labios una vela encendida. Si la llama se movía significaba que aún conservaba un hálito de vida. La operación se realizaba varias veces hasta que la llama permanecía inmóvil. Actualmente las técnicas han cambiado y lo que se hace es determinar la defunción con los métodos habituales. Una vez que el médico (antiguamente el arquiatra) confirma la defunción del Papa el prefecto de la casa pontificia anuncia oficialmente la muerte: El Papa ha muerto. Todos los presentes se arrodillan y comienzan los primeros responsos. Después, por orden jerárquico se acercan al cadáver, y besan la mano del difunto Pontífice. Velatorio. Inmediatamente comienza el turno de vela por parte de los canónigos penitenciarios. Se encienden cuatro cirios a los pies de la cama y se coloca un acetre con agua bendita y el hisopo con agua bendita junto al lecho mortuorio para los responsos de los prelados visitantes. Llegada del camarlengo. El cardenal camarlengo, que viste de violeta (color de luto) y que es durante la sede vacante la más alta autoridad de la Iglesia. Entra en la habitación escoltado por un destacamento de la Guardia Suiza con alabardas, símbolo de la nueva autoridad, para asegurarse oficialmente de la muerte del Pontífice. Retirada del pañuelo. En presencia del maestro de ceremonia y de los prelados de la casa pontificia, el camarlengo se acerca a la cama, retira el pañuelo que cubre el rostro del Papa e inclinándose hacia el difunto llama tres veces al Papa por su nombre de pila. El martillo de plata. Después golpea su frente con un pequeño martillo de plata y mango de marfil. Después de verificar dice *VERE PAPA MORTUUS EST* (de verdad el Papa ha muerto). El anillo del Pescador. A continuación retira del dedo el anillo del Pescador, símbolo del poder pontificio. Esta es la señal de que el reinado ha concluido. Anuncio. Inmediatamente después el camarlengo informará al cardenal vicario de Roma que el Obispo de Roma ha muerto. El cardenal vicario, lo hará saber a la Ciudad Eterna. Acta de muerte. Después el notario de la Cámara Apostólica levanta acta y las campanas de San Pedro doblan a muerto, anunciando al mundo y a Roma de la muerte del

Inmediatamente después tenía lugar la *conclamatio*, ya descripta por Homero en *La Odisea*, es decir que cada uno de los presentes llamaba por su nombre al difunto en alta voz, y al no responder, se iba al templo de Libitina[116] a anunciar la muerte. Luego comenzaba la preparación del cadáver, al que se lavaba con agua caliente, se lo recubría con ungüentos y se le colocaba su ropa ceremonial, la toga si era un ciudadano, la *praetexta* si se trataba de un magistrado.

El cuerpo así ataviado era colocado sobre el lecho funerario, *lectus funebris*, con una moneda sobre cada ojo, para que pudiese pagar a Caronte, el barquero del infierno. En torno a él ardían lámparas y candelabros, la estancia se llenaba de flores, coronas y cintas durante el velatorio que duraba más o menos tiempo según la condición social del difunto, entre un día y una semana. En señal de luto, las mujeres se rasgaban las vestiduras y los familiares recibían la visita de quienes venían a presentar sus últimos respetos.

Si la familia del difunto contaba con recursos, el muerto tenía un lecho de marfil cubierto de ricos tejidos y toda la casa se ponía de luto. Ante la puerta se plantaba un ciprés, árbol consagrado a Plutón, porque una vez cortado ya no vuelve a rebrotar. La exposición duraba siete días y el octavo un pregonero público convocaba al pueblo para celebrar los funerales. El cortejo se ponía en marcha a la luz de las antorchas, aunque la ceremonia se realizara a plena luz del día; era un recuerdo de la antigua costumbre de hacer los entierros por la noche.

Costumbre que se mantenía para la gente de clase baja, los pobres eran enterrados de noche, de modo bastante expeditivo, en cambio, el sepelio del miembro de una familia pudiente tenía lugar de día y rodeado de gran pompa. No debe olvidarse que, de todos modos,

---

Papa. Embalsamadores. A continuación el cuerpo del Papa es entregado a los embalsamadores. (...)" (*La Voz*, 4/4/06).

[116] Diosa latina de la muerte y la voluptuosidad, asimilada luego a Venus (Libidinoso). Era la diosa que presidía los funerales en la Roma clásica.

nadie era privado de la honra fúnebre. Para eso existían los *collegia funeraticia,* sociedades que agrupaban a quienes ejercían la misma profesión, que habían ahorrado en vida formando un pozo común, destinado a los gastos funerarios.

Había, ya en ese entonces, empresas de pompas fúnebres, *libitinarii*, cuya actividad era lucrativa, aunque despreciada. Cosa curiosa, igual que la de las prostitutas.

En la época clásica, siempre un cortejo fúnebre acompañó al féretro, sobre todo cuando se trataba del sepelio de alguien importante. Estaba integrado por los familiares y allegados, que iba precedido por coros de flautistas, cornistas y tubicines, y acompañado por bailarines y mimos, portadores de antorchas y plañideras.

Conformaban también el séquito actores con máscaras representando a los antepasados, o directamente portadores de las efigies de éstos, con los que el difunto iba a reunirse en la eternidad. Durante el cortejo se quemaban sustancias olorosas, sobre todo incienso, las que asimismo se vertían sobre el cadáver.

El maestro de ceremonias, seguido de los lictores, ponía en orden a los asistentes. Adelante iba un flautista interpretando una melodía fúnebre, seguido de las "lloronas", mujeres que se golpeaban el pecho, proferían gritos desgarradores y daban la impresión de arrancarse. Los cortejos de los grandes se detenían ante el Foro, donde algún pariente próximo pronunciaba la oración fúnebre.

La columna desfilaba, precedida por el ataúd usualmente destapado, hasta el lugar donde se dispondría finalmente de los restos, que forzosamente debía estar fuera de la ciudad y más allá de los límites del *poemerium.*[117] Ya lo decían las XII Tablas: *"Hominem mortuum in urbe ni sepelito neve urito"*.[118]

---

[117] El lugar, más allá de las murallas, donde se acababan los auspicios que protegían la ciudad.

[118] Hombre muerto no sea enterrado ni quemado en la ciudad.

En las primeras épocas de Roma, probablemente los muertos fueron enterrados de manera bastante sencilla. Tito Livio[119] narra que ése fue el destino de Remo, de Fáustulo, el marido de Acca Laurentia, y de los demás que perecieron en la trifulca originada en la muerte del primero. Pero durante la República y los comienzos del Imperio lo normal fue la incineración.

Esto requiere alguna referencia un poco más detenida, porque incineración e inhumación debieron coexistir desde los inicios mismos de la ciudad, aunque haya ido variando la prevalencia de una práctica sobre la otra.

En un principio, como se menciona en un párrafo anterior, debió primar la sepultura del cadáver, cosa que en sus orígenes probablemente tuvo lugar dentro de la ciudad, quizás en las casas mismas o sus jardines, hasta que esta práctica fue desterrada definitivamente por las XII Tablas, según se ha expuesto.

En la medida que se fue formando una clase económicamente poderosa, ésta adoptó la costumbre de incinerar, mientras que la inhumación continuó reservada a los más humildes. Fruto esto seguramente del costo de una y otra ceremonia, y como una manera más, dolorosa pero real, de marcar la diferencia de clases aún más allá de la muerte. A partir del siglo II d. C., es decir, cuando el pensamiento cristiano comenzó a generalizarse, también la nobleza empezó a sepultar. Obviamente no en cualquier lugar ni de cualquier manera, sino en sepulcros que eran verdaderos monumentos, donde se depositaban sarcófagos de mármol decorados con relieves. De esto no ocupamos detalladamente más adelante.

Para la incineración, cuando éste era el caso, se utilizaban piras suntuosamente decoradas, para lo cual era menester que el difunto o su familia hubiesen sido pudientes, que estaban cubiertas con tapices, pinturas y bajorrelieves. A los fines de la cremación en sí se

[119] TITO LIVIO. *Vidas Paralelas. Rómulo.*

cavaba una fosa, que era llenada de ramas que conformarían luego la pira funeraria. Sobre ellas se depositaba el cadáver envuelto en un lienzo y regado de perfumes, que ardía hasta que se consumiese el fuego, cuyos rescoldos se apagaban con vino.

Eran los parientes más próximos quienes encendían la hoguera, con sus antorchas, pero no sin antes tener la precaución de abrir los ojos del muerto, para que por última vez viera la luz y el resplandor de la fiesta fúnebre.

Lo que quedaba, cenizas, carbones y obviamente huesos que no entraban en combustión, se recubría de tierra. Luego las cenizas eran recogidas en urnas primorosamente labradas, con el mismo arte con que se trabajaban los sarcófagos, cuando el cuerpo no se cremaba. Aunque en ocasiones, incineración y entierro tenían lugar en dos momentos y etapas diferentes. En este caso, *ustrina* era el lugar donde se encendía la hoguera, y *sepulcrum* aquel donde se depositaba la urna con las cenizas.

Nótese cómo esta costumbre de quemar los cadáveres, la cual según el historiador Plinio habría tenido su origen en las guerras que se mantuvieron en regiones alejadas, donde los enemigos desenterraban a los muertos romanos, para evitar lo cual se tomó la decisión de quemarlos, es nuevamente cada vez más frecuente en estos días, ya que no pocas son las personas que deciden ser "cremadas", en lugar de reposar los restos en algún panteón familiar o cementerio parque.[120]

---

[120] Según los antropólogos, la cremación del cuerpo de los muertos se practicaba ya al final del período neolítico y también encontramos algunas señales arqueológicas de este ritual en la zona habitada por los cananeos alrededor del 3000 a. C. Los poemas de Homero hablan de ella como un rito de homenaje a los héroes griegos durante la guerra de Troya y sabemos que en Roma se extendió en los últimos tiempos de la República. Pero es en las tradiciones del hinduismo donde se da mayoritariamente esta práctica que incluye la quema de la pequeña nave

Por otra parte, los romanos creían que el alma es de la naturaleza del fuego, y por alguna suerte de misteriosa alianza la llama le facilitaría la salida del cuerpo. En ese caso, solo reservaban los honores del fuego a aquellas criaturas que tenían un cierto grado de razón o sentimiento.

Una vez consumido el cuerpo, se apagaban las llamas con vino. El pariente más próximo recogía los huesos, los lavaba y los depositaba

---

que transporta los restos de quien ha fallecido. También cremaban a sus muertos los vikingos hasta su desaparición hacia el final del primer milenio. Los pueblos semitas preferían la "inhumación" y la costumbre fue continuada por los israelitas y por las primeras comunidades cristianas hasta nuestros días. Al "entierro", esto es, depositar en la tierra, se agregó el conservar el cadáver en un féretro colocado en nichos o bóvedas. En la modernidad, algunos grupos del Occidente ilustrado solicitaban la quema de sus cuerpos para negar "la resurrección de la carne", ya que imaginaban que la dispersión de los restos impediría lo proclamado por la fe; por tal motivo la Iglesia Católica prohibió la cremación (salvo casos de peste o situaciones de fuerza mayor), privando de sepultura eclesiástica a quienes la hubieren solicitado. El comentario al canon 1203 del antiguo Código de Derecho Canónico de 1917 realizado por los responsables de la edición de la Bac de España dice, con el estilo apologético propio de la época, que la práctica de la cremación está reprobada, entre otros motivos, "por las perversas ideas de que están imbuidos y los fines depravados que persiguen sus más entusiastas defensores entre los cuales se cuentan los afiliados a la masonería, como puede verse en la Instrucción del Santo Oficio del 19 de mayo de 1886 (…)". Pero esa prohibición fue radicalmente modificada por el Santo Oficio (que luego se convertirá en la Congregación para la Doctrina de la Fe) durante la celebración del Concilio Vaticano II en 1964 y, consecuentemente, en el canon 1176 del Código de Derecho Canónico de 1983. En el Ritual de las Exequias, promulgado el 15 de agosto de 1969, se puede leer: "Se puede conceder las exequias cristianas a quienes han elegido la cremación de su propio cadáver, a no ser que conste que fue elegida por motivos contrarios al sentido cristiano de la vida".

en una urna con rosas o plantas aromáticas. Finalmente, y luego de que todo el cortejo había dirigido al muerto su último adiós, la urna se depositaba en una tumba donde se grababa una inscripción en la que se recordaba el nombre del muerto, su nacimiento, las magistraturas que había desempeñado, y alguna referencia a su personalidad, o bien alguna sentencia filosófica escrita para los que pasaban por allí.

Cuando se procedía al entierro del cuerpo sin quemarlo, también existía todo un rito para la ceremonia fúnebre, que incluía el sepultar con el cadáver los objetos que se creía iba a necesitar en su segunda vida como los había precisado en la primera: vasos, armas, vestidos, enseres, sin olvidar joyas y juguetes, o aún animales y los esclavos mismos, que formarían su cortejo en el más allá.

Después de la ceremonia la familia del difunto debía purificarse, porque había quedado en condición de impureza. Por eso, al día siguiente de los funerales los parientes y amigos eran invitados a un festín o comida fúnebre. Al décimo día se purificaba la casa, que la presencia del muerto había contaminado, y se la barría con ramas de verbena. Durante los diez días que duraba este luto, ningún pariente cercano al difunto podía ser citado por la justicia.

Después, la casa volvía a retomar la vida normal. Hasta cierto punto porque, en adelante, jamás debería olvidar el lugar del sepulcro donde debía concurrir para renovar las debidas honras, inclusive con libaciones, participando al muerto de los sucesos que tenían lugar en el seno familiar.

Porque era costumbre dar, en memoria del difunto, banquetes y espectáculos, y erigir monumentos funerarios que, cuando había posibilidades materiales para ello, rezumaban lujo, tanto interior como exteriormente, cosa que parece haber sido general en la religión primitiva. Como ya señalamos, no en vano dos de las siete maravillas del mundo antiguo, las pirámides de Egipto y el sepulcro del rey Mausolo en Halicarnaso, fueron tumbas.

Esta práctica de compartir con el muerto los sucesos de la vida familiar se prolongaba por siempre. Era habitual que los deudos

escanciaran periódicamente vino y enterraran alimentos en los lugares donde reposaba el difunto, como parte de las ceremonias dedicadas a su culto. Incidentalmente quizás sea interesante hacer notar que el término "reposar", que acabamos de emplear y es frecuente utilizar en relación a los difuntos, responde al mismo concepto de vida después de la muerte.

V. El Sepulcro

Para ubicar la sepultura se escogía un lugar generalmente rodeado de cipreses, a veces se levantaba un monumento o al menos se erigía un busto. Era el lugar consagrado al muerto, alrededor del cual se conformaba un jardín.

No existían en un principio los cementerios generales, y por ello era costumbre sepultar a los deudos, con sus criados y libertos, dentro de las fincas familiares, aunque fuera del ámbito de la ciudad, y aún más allá de los límites del *pomerium*, según una prohibición que se remontaría a tiempos tan remotos como los de las XII Tablas.

Quienes no podían permitirse el dispendio que ello significaba adquirían tierras, dedicadas previamente a esos fines y ubicadas a lo largo de los caminos. Los viajeros solían desplazarse entre hileras de tumbas.

Sea cual fuese la apariencia exterior del sepulcro, el romano tenía un respeto profundo hacia todas las sepulturas. No es casual que los primeros cristianos se organizasen, para evitar las persecuciones, como sociedades de enterramiento. Y tuvieron éxito durante varios siglos, porque sus catacumbas fueron respetadas por las autoridades, hasta las grandes matanzas desencadenadas por Decio en el siglo III.

Es que el sepulcro de los humildes —no olvidemos que la nueva religión prendió inicialmente en esa clase social, así como entre los esclavos— inicialmente era una simple fosa común, pero luego

fue evolucionando. Ya en el Imperio hubo asociaciones, los *collegia santuaria* o *funeraria,* que se encargaban del cuidado del cuerpo de los difuntos, o de sus cenizas si éstos eran incinerados. Unos y otros se conservaron hasta mediados del siglo II d. C. en los denominados *columbaria*, construcciones grandes pero sencillas, con un espacio para cada féretro, a la manera de un palomar, de allí el nombre.

Al generalizarse la inhumación, surgen finalmente los cementerios, ubicados bajo tierra y obviamente fuera de las ciudades, son las catacumbas que ya hemos mencionado. Éstas estaban diseñadas como galerías subterráneas de varios pisos de profundidad, que podían llegar a extenderse a lo largo de kilómetros, constituyendo un verdadero laberinto de corredores. En sus paredes se perforaban nichos rectangulares en los cuales se depositaban los cadáveres. A veces había pinturas alegóricas, de hecho, los motivos más antiguos del arte cristiano se encuentran allí.

En cuanto a su naturaleza jurídica, los sepulcros son cosas "religiosas" y fuera del comercio por razones de derecho divino.[121] Lo que quiere decir que ya no se ejerce sobre ellos derecho de propiedad alguno, si bien el inhumador conserva el llamado *ius sepulcrum,* que le daba la posibilidad de construir, reparar y mantener el monumento fúnebre. Esto sucede siempre y cuando en la sepultura yazca enterrado el cadáver de quien en vida fuera un hombre (aunque haya sido esclavo) que no hubiese sido enemigo de Roma.[122] No es extraña la deificación póstuma del esclavo porque ha de recordarse que éste solo lo es para el derecho civil o de gentes, no así para el derecho natural, según el cual todos los hombres son iguales después de la muerte.

Así las cosas, devenía cuestión capital para un ciudadano romano el asegurarse tener luego de su muerte un adecuado sepulcro, que

[121] GAYO. *Institutas*. 2. 6 y ss.

[122] D. 1. 8. 6. 4; D. 11. 7. 40; D. 11. 7. 2. 5.

solía preparar a esos fines en vida, aunque entonces, y mientras estaba vacío, se lo llamaba cenotafio.[123] Estos monumentos funerarios en ocasiones eran fastuosos, habiendo sido el más lujoso de que se tenga memoria en Roma el del emperador Adriano, que éste hizo construir seis años antes de su muerte.

Es que el deseo de las clases más poderosas de perdurar en el tiempo tuvo en el sepulcro una de las formas más claras de manifestarse, lo cual marcaba claras diferencias con los columbarios o las catacumbas de los humildes.

La tipología de construcción de los sepulcros de la gente noble o pudiente era variada. Los hubo de planta cuadrada y también rectangular, podían simular templos o construirse semejando torres, pero los más imponentes y de mayores dimensiones fueron los de planta circular. Son ellos los que van a evolucionar para transformarse en los grandes mausoleos de la época imperial.

Este tipo de sepulcro podía tener una o varias cámaras conectadas entre sí, con cubierta de bóveda y un túmulo de tierra sobre ellas, influencia sin duda de las tumbas etruscas. Allí se depositaba el sarcófago, decorado con relieves que usualmente representaban escenas mitológicas relacionadas con la muerte, o bien temas religiosos o aún filosóficos. Las lápidas o estelas solían mostrar imágenes relacionadas con la vida del difunto, su retrato o el de personajes de su familia. Era frecuente que panteones de grandes dimensiones se destinaran a contener los féretros de una familia o dinastía, tal lo que quiso hacer Augusto con su *Ara Pacis.*

A tal punto era importante la cuestión de la sepultura que el jurisconsulto Paulo[124] se ocupa de dilucidar cuál de los diversos lugares en que pudiera hallarse enterrado un hombre, que fuera sepultado luego de haber sido descuartizado, constituía su sepulcro,

[123] D. 11. 7. 2. 5.

[124] D. 11. 7. 44. pr.

decidiéndose por el sitio en que descansaba su cabeza "por la cual se conoce al hombre".

Era, sin embargo, requisito esencial para que el lugar del sepulcro se volviese religioso el consentimiento del propietario del terreno, si quien realizaba la inhumación la hacía en suelo ajeno. De no mediar este acuerdo, el dueño del lugar pudo, en el derecho antiguo, tirar el cadáver. Bajo Justiniano ello ya es imposible, y para proceder a la exhumación el propietario del fundo solo conservaba la posibilidad de solicitar permiso al pontífice o al príncipe, a menos que prefiriese ejercitar una acción para cobrar el precio del terreno.

VI. Los manes

El culto romano tiene una particularidad que se reitera en otros ámbitos de la vida, inclusive en la organización misma del Estado. Lo público ha sido copiado de lo privado, entendiendo por privado lo familiar. De esta manera, cada casa, cada familia, tiene sus dioses propios a los que venera, así como la *urbs* tiene los suyos.

Entre estas deidades familiares, presentes en todas las ceremonias importantes que interesan a la familia, o mejor dicho a la *gens*, están los dioses manes, que eran los espíritus de los antepasados. Como tales, se hallaban incorporados al panteón familiar y se los consideraba objeto de culto.

Eran venerados en la casa de cada uno de los descendientes. Así, en ocasión del matrimonio se encontraban abiertas e iluminadas en el atrio las vitrinas donde se exponían las efigies de esos ancestros domésticos. De ese culto estaban severamente excluidos quienes eran ajenos a la familia, de forma tal que aún el tocar inadvertidamente con el pie una sepultura extraña constituía un acto impío por el que había que apaciguar al alma del muerto y que exigía una purificación en el ofensor.

Probablemente la religión familiar romana en sus orígenes ha bebido de las creencias etruscas, que dieron gran trascendencia al culto de los muertos, al punto que gran parte de su producción artística tiene propósito y finalidad funerarios. Influencia que indudablemente trató de ser combatida por el romano cuando éste sintió afirmarse el concepto de su propia nacionalidad, como puede advertirse si se repara en las prescripciones en contra del lujo en las ceremonias funerarias (propio de los etruscos) que contiene la décima de las XII Tablas y que Cicerón nos recuerda.[125]

Suetonio[126] narra un episodio, al que más adelante aludiremos, que tuvo lugar luego del asesinato de Calígula, que hallara la muerte junto a su mujer Cesonia y su pequeña hija Drusila. Parecería que, no habiendo los difuntos recibido las adecuadas honras fúnebres, sus espíritus vagaron sin descanso durante las noches por el lugar donde yacían los cadáveres, hasta que los ritos debidos se completaron como correspondía.

Fenómenos similares sucedían si los descendientes dejaban de ofrecer a sus antepasados las comidas fúnebres. En tal caso las almas de los muertos salían de las tumbas, erraban y gemían por las noches, y enviaban para vengarse de sus sucesores impíos, castigos como enfermedades o plagas. Esto se mantenía hasta que el sustento y la libación debidos como ofrenda eran restablecidos, momento a partir del cual los espíritus volvían a sus sepulturas y se restablecía la paz entre ellos y los seres vivientes.

El espíritu del difunto, deificado, sigue entonces formando parte de la familia, a la que protege y custodia. Es una divinidad que hay que honrar y ante la que se ora. Pero no todo lo que se relacionaba con los antepasados era sinónimo de deidad benéfica. Los lemures eran espíritus de los difuntos que volvían a la tierra para atormentar

[125] CICERÓN. *De Legibus.* 2. 24.

[126] SUETONIO. *Vida de los Doce Césares.* 4. 59.

a los seres vivientes, y lo eran también de modo particular las larvas, espíritus de quienes en vida fueron malvados. Para ahuyentarlos, el *paterfamilias* realizaba una ceremonia alegórica todos los años durante los tres días nefastos que seguían a los *idus* de mayo.

Existen, pues, divinidades malignas, porque para ser dioses ni siquiera necesitaban los muertos haber sido buenos en vida. Era suficiente que se mantuviese en pie su estirpe, para la cual los espíritus de los malos, una vez fallecidos, eran también deidades domésticas igual que los de los hombres virtuosos, solo que en vez de ayudar a los vivos los perseguían y castigaban.

Todo lo cual no hace sino reafirmar un concepto: el culto a los muertos, a los manes, es un culto familiar. Quienes lo practican son los descendientes, que a su vez obtienen del espíritu del antecesor fallecido ayuda y fortaleza. Ellos son aquellos a quienes "corresponde hacer" las ceremonias funerarias de las que nos habla Gayo.[127]

El sepultar a los difuntos es, para los familiares, un deber jurídico impuesto por los preceptos religiosos. Deber que prevalece, aún, sobre las disposiciones testamentarias del muerto. Así lo consagra Justiniano cuando, al receptar en el Digesto un fragmento de Modestino,[128] consagra que el heredero puede, sin perder su calidad de tal, negarse a cumplir el mandato de arrojar al mar sus cenizas que le hubiese impuesto el testador, procediendo en cambio a enterrarlas. Porque "es más digna de alabanza" esa conducta (inhumarlas) "por razones de humanidad".

Es muy posible que esa actitud de cremar el cadáver y arrojar al mar (o donde fuere) las cenizas haya sido frecuente todavía entonces en la época justinianea, habiendo sido la manera usual de disponer los cadáveres desde fines de la República y en los primeros siglos del Imperio.

---

[127] GAYO. *Institutas.* 1. 2, 6.

[128] MODESTINO, en D. 28. 7. 27. pr.

Probablemente, además de ser costumbre que antes no se había cuestionado, respondiera al deseo del causante de liberar al descendiente de las molestias del cuidado del sepulcro.[129] O, si el mandato no estaba contenido en el testamento del muerto, a razones de comodidad del heredero mismo.

Ello hasta que el cristianismo se consolida. Posteriormente el ocuparse de la tumba pasa a ser un deber impuesto por la religión y ratificado por el derecho. Deber que justifica hasta el que se vendan los vasos y adornos sacros para costear el gasto de dar sepultura a los difuntos.[130] Esto tiene una explicación, que se asienta en los fundamentos mismos de la fe, ya que todo cristiano cree, en esos tiempos literalmente, que el hombre está destinado algún día a resucitar como Cristo en cuerpo y alma, cosa que le resultaría imposible si aquel fue incinerado.

Por todo lo que representan los *sacra privata* que se debían a los difuntos es que era fundamental que todo romano hiciese su testamento. Testamento que va mucho más allá que la mera enunciación de la forma en que el causante desea se repartan los bienes entre sus sucesores, ya que al indicarse al heredero se otorga a éste, además de una herencia material más o menos cuantiosa (o quizás inexistente), la calidad de nuevo jefe del culto familiar. Él se encargará, en adelante, de honrar a los dioses manes, los antepasados familiares.

Por este motivo es que era impensable un testamento sin institución de heredero, y por la misma razón se hacía testamento aun cuando no hubiese bienes materiales que repartir. Por ello también es que la testamentaria es muy probablemente la más antigua forma de sucesión *mortis causa* conocida en Roma, reglamentada ya por las XII Tablas, según lo narra Gayo.[131]

---

[129] OVIDIO. *Fasti.* 5. 655.

[130] SAN AMBROSIO. *Off.* 2. 18.

[131] GAYO. *Institutas.* 2. 101, 102.

El testamento es, en fin, una cuestión que interesa no solo a quien testa, sino al propio Estado, por estar involucrada la cuestión de quién conducirá en adelante a una de las familias que lo integran, y a la religión, por tratarse de quien conducirá en adelante los *sacra privata* de ese mismo núcleo. Por ello, en los primeros tiempos de la urbe se hacía ante los comicios curiados (en los *idus* de marzo y mayo), los cuales habrían tenido la facultad de rechazarlo, si era notoriamente contrario al interés de la ciudad, tal como lo enseña Aulo Gelio.[132]

VII. Creencias romanas sobre la vida de ultratumba

Debería quedar claro a esta altura que el hombre, no solo ya el romano, entierra y venera a sus muertos por una razón evidente, la misma por la cual se cuida del aspecto del sepulcro, lo limpia y ora en ese lugar.

Es porque cree que existe otra vida después de ésta, que el muerto debe transitar. Si no partimos de este postulado, pues entonces podrían explicarse los ritos fúnebres como señal de duelo y respeto, pero jamás el cuidado de las tumbas, lo delicado de su construcción, o que se depositen en ella objetos que fueron apreciados por el difunto, o de los que supuestamente podría servirse éste en el más allá.

Pero esos espíritus deificados precisaban una morada, que era la tumba, donde el alma se encerraba con el cuerpo de quien había sido en vida, razón por la cual el sepulcro era el templo de la divinidad en que el difunto se había convertido. Por ello era frecuente encontrar en la sepultura la inscripción *"Dei Manibus",* que significaba que en ella estaba enterrado el dios, y ante ella solía encontrarse un altar para que los ministros de su comunidad familiar realizasen

[132] AULO GELIO. *Noches Áticas*. 15. 27.

los debidos sacrificios, igual que los sacerdotes del culto público lo hacen ante los templos de los dioses de la ciudad.

Es interesante señalar que en las creencias primitivas no existe el concepto del premio o castigo para las almas de los difuntos, de suerte que tanto la del villano como la del hombre justo moran en sus tumbas exactamente de la misma manera.

El espíritu permanece encerrado en el sepulcro junto con el cuerpo que lo había albergado en su existencia terrenal, o los despojos de él. Aunque se trata de un ser de ultratumba muy diferente al que concebimos hoy, ya que parecería, vista la costumbre de dispensarle comodidades similares a las terrenales y dejar junto al féretro los implementos y objetos que más había apreciado en vida, como si su nueva existencia no fuera a diferir demasiado de la anterior. Al menos, tenía iguales necesidades.

Con posterioridad fue arraigando la creencia del juicio de los muertos, realizado por los jueces del reino de Plutón. De acuerdo al resultado, los espíritus de quienes habían sido deshonestos en vida eran castigados y condenados a morar todos juntos en una región subterránea, el tártaro, reino de Hades (Plutón), mientras que los de los hombres virtuosos eran recompensados en la otra vida, que pasaban usualmente en las alturas, los Campos Elíseos, junto a las divinidades celestes.

Como se advierte ello, unido al monoteísmo cada vez más practicado por las clases cultas de la población, dejó expedito el camino al cristianismo que se avecinaba.

VIII. Algunos principios extraídos de las fuentes clásicas

De ciertos fragmentos jurídicos y literarios, así como de la obra y los dichos de ciertos personajes históricos, de aforismos, o de

los escritos de brillantes pensadores, que Roma también los tuvo, hemos extractado fragmentos, que nos permiten inferir la formulación de principios que aún hoy tienen vigencia.

Sobre esto, vayan dos aclaraciones. La primera es obvia. No hemos pretendido abarcar todo el inmenso universo de lo que los romanos hicieron, dijeron o escribieron, de modo que deberán excusársenos las omisiones, que sin duda serán muchas. Si alguien busca un elenco exhaustivo de citas sobre la muerte, no lo hallará aquí.

La segunda resulta algo más delicada, porque se vincula con cierto modo de enfocar el estudio del derecho romano, que en principio no compartimos, aunque nos valgamos aquí de él. Vamos a explicarnos, haciendo referencia a las dos primeras escuelas que surgieron luego del redescubrimiento de éste, los glosadores y los comentaristas.

Los primeros tomaron al derecho romano con un criterio ahistórico, pero considerándolo como algo vivo. Que estudiaron y desarrollaron en tanto y en cuanto resultaba útil a la sociedad en que vivieron, y muy superior al sistema jurídico entonces vigente. Ése es el sentido de sus comentarios y glosas, darle un sentido y vigencias actuales.

Los segundos hicieron glosas con aquellas glosas, buscando, a través de inducción y deducción, inferir principios. Con lo cual hicieron del derecho romano un compendio teórico y dogmático, calidad que éste jamás tuvo. No compartimos este enfoque, si bien nos hemos valido de él para extraer las conclusiones que a continuación se exponen.

a) Todo hombre tiene derecho a honras fúnebres y una sepultura digna

Leamos las palabras de un célebre discurso de Tiberio Graco, que Plutarco[133] reproduce:

[133] PLUTARCO. *Vidas Paralelas. Rómulo.*

> Las fieras que discurren por los bosques de la Italia tienen cada una sus guaridas y sus cuevas, y los que pelean y mueren por Italia sólo participan del aire y de la luz, y de ninguna otra cosa más (...) sus caudillos no dicen la verdad cuando en las batallas exhortan a los soldados a combatir contra los sepulcros por sus aras y sus sepulcros, porque de un gran número de romanos, ninguno tiene ara, patria, ni sepulcro de sus mayores.

Es obvio que el tribuno se refiere a ciudadanos romanos, o al menos a los aliados de Roma, los *socii.* Pero podríamos extender el concepto, si repasamos lo que varios jurisconsultos escribieron sobre el carácter religioso del sepulcro que contiene los restos mortales, no ya de un ciudadano, sino de cualquier persona, inclusive los esclavos.

Así dice Gayo:[134] "(...) lo hacemos religioso (está hablando de un lugar determinado) al enterrar en nuestro terreno a un muerto".

En igual sentido, Marciano[135] afirma: "Pero cada cual hace a su voluntad religioso un lugar, con sólo que en algún lugar suyo entierre algún muerto".

Un hombre enterrado hace religioso el lugar, cualquiera sea su nacionalidad y aunque carezca de libertad. Hay una excepción que excluye a los enemigos de Roma (*hostis*), pero no está basada en ideología sino en motivos prácticos. Si los romanos hubiesen debido respetar los sepulcros de sus enemigos, a éstos les habría bastado rodear las ciudades de cementerios para eludir cualquier tipo de invasión.

---

[134] GAYO. *Institutas.* 2. 6.

[135] D. 1.8.6.4.

b) Hay otra vida después de la muerte

Narra Suetonio[136] que el cadáver de Calígula fue llevado en secreto por sus asesinos a los jardines de Lamia, donde lo incineraron a medias en una pira improvisada, cubriéndolo con una capa de césped, hasta que una vez vueltos del exilio, sus hermanos le dieron adecuada sepultura y las debidas honras fúnebres. Entretanto, "está bien comprobado que diversos espectros inquietaron a los que custodiaban esos jardines y que, en la casa en que él murió, todas las noches se caracterizaron por alguna manifestación terrorífica". Obviamente el hombre había muerto, su espíritu no, y distaba de descansar en paz.

Lucio Anneo Séneca[137] tiene algunas reflexiones altamente ilustrativas:

> Erramos al pensar que la muerte sigue a la vida, siendo lo cierto que la precedió y la seguirá.
>
> ¿No tendrías por tontísimo al que creyese que a una lámpara le va mejor después de apagada que antes de ser encendida?
>
> La muerte es una de las cosas que, sin ser ciertamente malas, tienen apariencia de mal (...) nos hace aborrecer la muerte. Es que a las cosas presentes ya las conocemos, en cambio desconocemos aquellas que habremos de pasar, y lo desconocido nos horroriza.
>
> ¿No es demencial creer que las cosas cuyo origen fue puesto fuera de nuestro arbitrio, dependerán de éste para su terminación?

---

[136] SUETONIO. *Vidas de los Doce Césares. Calígula*. Cap. 59.

[137] LUCIO ANNEO SÉNECA. *Máximas.*

Ese día de la muerte, que cual último temes tanto, es el de tu eterno natalicio.

Cuando llegue el día que separará esta mezcla humano-divina que soy, dejaré este cuerpo donde lo encontré y yo me restituiré a los dioses. Y no es que ahora esté sin ellos, sino que soy detenido por la pesadez terrenal.

La muerte viene hacia ti. Sería de temer si pudiera quedarse contigo, pero es forzoso o que no llegue, o que pase de largo.

c) La muerte es el gran igualador

Principio que se puede inferir de algunas máximas que cita Guillermo Cabanellas (1984),[138] sin mencionar el autor, posiblemente porque son anónimas.

"Omnia mors aequat (la muerte todo lo iguala)"

"Dei mortui nihil nisi boni (de los muertos nada, si no es bueno)"

d) La muerte borra las culpas y cancela todas nuestras deudas

Ha dicho Ulpiano:[139] "El crimen se extingue con la muerte".[140] Quizás la cita más adecuada sea la que contienen las Novelas:[141]

---

[138] CABANELLAS, G. (1984). *Repertorio jurídico de locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos.* Heliasta.

[139] ULPIANO, en D. 48. 4. 11.

[140] *"Extinguitur crimen mortalitate".*

[141] *Novelas*, constitución 22, capítulo 20.

"La muerte todo lo desata",[142] principio que es aplicable tanto a las relaciones personales como a las obligaciones patrimoniales. Disuelve todos los vínculos, de cualquier especie.

e) Nacemos para morir

"La muerte es la razón final"[143] reza una conocida máxima latina. Séneca, por su parte, agrega que "quien lamenta que alguien ha muerto, lamenta que ése haya sido hombre". Cosa que ratifica en varias otras reflexiones:

> "Para la muerte has nacido".
>
> "No quiso vivir el que no quiere morir".
>
> "Comenzamos a morir ni bien nacemos".
>
> "Morirás no porque enfermes, sino porque vives".
>
> "Cada día morimos, cada día se nos quita alguna parte de la vida e, incluso cuando crecemos, nuestra vida decrece".
>
> "Ningún animal sale a la vida, sin que le amague la muerte".
>
> "Cada día y a cada instante nos vamos muriendo".

---

[142] *"Mors omnia solvit".*

[143] *Mors, ultima ratio".*

f) Debemos vivir la vida no como si ésta fuera un fin en sí misma, sino conscientes de nuestra propia finitud

Volvamos a Séneca:

> "Quien tema la muerte no hará nunca hazaña de varón vivo".
>
> "Pon a un lado la estimación de los hombres, pon a un lado los trabajos y afanes de tu vida entera, la muerte emitirá tu juicio sobre ti".
>
> "Nadie es tan viejo que no le sea lícito esperar un día más, y un día más es un peldaño de la vida".
>
> "Impongamos serenidad a nuestro ánimo y paguemos sin queja el tributo de la mortalidad".
>
> "¿Quién ha mirado nunca sus cosas como perecederas?... –¡No pensé que había de llegarme! Tal el error con que nos engañamos".
>
> "Tú estás ocupado, la vida pasa de prisa, llegará entretanto la muerte y para ella, quieras o no, tendrás que vacar de tus quehaceres".
>
> "A la espera acompáñala el miedo, ambos son de ánimo que está pendiente, solícito en expectación de futuro".
>
> "¡Infeliz que eres esclavo de los hombres y de las cosas, que eres esclavo de la vida, puesto que la vida, si no hay valor para morir, es una esclavitud!".

Cicerón también ha dicho lo suyo:

> "Puesto que la naturaleza ha planeado atentamente las restantes partes de

la vida, no es verosímil que haya descuidado el acto final, como si fuera un dramaturgo inepto".[144]

"Para aquellos que no tienen en sí mismos los medios para vivir feliz y buenamente, toda edad es una carga".[145]

"Nadie es tan anciano que no piense que vivirá un año más".[146]

"Planta árboles para que sirvan en otro siglo".[147]

"Viviendo mucho, mucho se ve que no se quisiera ver".[148]

"Disfruta de lo bueno mientras lo tengas, y no te lamentes cuando ya no esté".[149]

"La senda de la naturaleza es una sola y es un camino de ida, a cada edad le es asignado un camino propicio... cada una de ellas goza de los frutos de la naturaleza, que han de ser recogidos en sazón".[150]

"Aunque el tiempo de la edad sea breve, es suficientemente larga para vivir bien y honestamente".[151]

"La idea de estar maduro para la muerte me es tan grata, que a medida que

---

[144] CICERÓN. *De la Vejez.* 2. 5.

[145] *Ibidem*, 2. 4.

[146] *Ibidem*, 7. 24.

[147] *Ibidem*, 7. 24.

[148] *Ibidem*, 8. 25.

[149] *Ibidem*, 10. 33.

[150] *Ibidem*, 10. 33.

[151] *Ibidem*, 70.

me aproximo a ella me siento más y más como el que avista tierra finalmente, y está a punto de arribar a puerto después de una larga navegación".[152]

"¿Acaso supones que hubiera soportado tantos esfuerzos día y noche, aquí y en las campañas militares, si creyera que el término de mi vida iba a marcar los límites de mi fama?".[153]

"No me place a mí llorar la vida, ni me arrepiento de haber vivido, porque así he vivido que no me parece haber nacido en balde".[154]

"La naturaleza nos dio posada donde posar, no morada para morar".[155]

"La vejez es la última edad, así como el último acto del drama, del que debemos salir cuando se hace fatigoso, sobre todo si ya hemos cumplido".[156]

g) Estelas funerarias

Las inscripciones de muchas lápidas de antiguas tumbas romanas hablan de las virtudes y la personalidad de quien yace enterrado allí. Pero no faltan las que contienen reflexiones sobre la muerte. Transcribamos algunas:

"Mudo para la eternidad, no te diré ni mi nombre, ni mi padre, ni mis acciones. Soy un puñado de cenizas, nada más, y nunca más seré otra cosa; mi suerte os aguarda".

---

[152] *Ibidem*,19. 71.

[153] *Ibidem*, 23. 82.

[154] *Ibidem*, 23. 84.

[155] CICERÓN. *De la Vejez.* 23. 84.

[156] *Ibidem*, 23. 85.

> "Mientras he vivido, he vivido bien; mi representación ha terminado; la vuestra también acabará pronto. Aplaudid".

> "Los dioses al darte la vida, te han preparado esta morada".

No faltan, en fin, las jocosas, pese a que el tema no lo es. Así podemos leer la inscripción que colocó un esposo, en el sepulcro de su mujer fallecida:

> "Morirte fue el único gusto que me has dado en tu vida".

Homo y persona en el derecho romano

Elvira Méndez Chang[157]

Resumen

En este artículo se busca determinar qué era *homo* y *persona* y cuál era su relación en el derecho romano, lo que plantea un reto para el jurista contemporáneo. A partir del análisis de las fuentes romanas, con especial atención a las *Institutas* de Gayo y el *Corpus Iuris Civilis*, se estableció que *homo* era un término utilizado desde la Ley de las XII Tablas (451-450 a. C.) para referirse a la naturaleza biológica y material del ser humano, incluyendo al varón y a la mujer (D. 50. 16. 152). Además, los seres humanos fueron considerados iguales por el *ius naturale* según Ulpiano (D. 50. 17. 32) y se subrayó que eran el centro del sistema jurídico romano (D. 1. 5. 2). Por su parte, el empleo de *persona* se dio desde el siglo I a. C. y fue un concepto jurídico cuya etimología era la máscara usada para actuar. De

[157] Profesora ordinaria principal del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y directora del Instituto de Estudios Internacionales de esta misma institución (IDEI-PUCP).

allí que *persona* sea el *homo* (ser humano) que desempeñaba uno o varios roles en atención a su clasificación en los estados de libertad (*libertatis*), ciudadanía (*civitatis*) y familia (*familiae*), los que eran determinados jurídicamente. La clasificación de un ser humano en los estados no era inmutable porque se admitía la modificación de uno o varios, llamada *capitis deminutio* (D. 4. 5. 1). Debido a esta clasificación, las personas no fueron iguales porque no pudieron desempeñar los mismos roles, no tuvieron los mismos derechos ni poderes, como se pudo apreciar al analizar la situación jurídica de la mujer, del esclavo (*servus*), de la esclava (*ancilla*) y del concebido (*qui in utero est*), quienes eran seres humanos (*homines*) y personas en el sistema jurídico romano, aunque tuvieron varios límites para su actuación en ese ámbito.

Palabras clave: *persona*; *homo*; derecho romano.

I. Introducción[158]

El derecho romano ha legado a la posteridad muchos conceptos, instituciones y principios que siguen siendo relevantes para el derecho contemporáneo. Uno de estos es la persona, que se encuentra en los códigos civiles de la tradición romano-germánica y está relacionado con el ser humano o con aquellas entidades constituidas por éstos, llamadas personas jurídicas.

[158] Este texto es una actualización y profundización de la investigación concluida en 2024 y publicada en MÉNDEZ CHANG, E. (2026). La relación entre *persona* y *homo* (ser humano) en el Derecho Romano. En *Biblioteca de Derecho Romano Dr. José Carlos Costa. Obra en reconocimiento a su trayectoria*. JJ Editores. https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=2d95d4880308ca252b97bbfaca15876d

Actualmente se discute si algunas entidades no humanas, como la naturaleza y los animales, podrían ser considerados personas o sujetos de derecho. Recientemente, la jurisprudencia nacional e internacional ha reconocido derechos a los animales por ser seres sintientes y les ha otorgado protección jurídica. Al respecto, la sentencia sobre el caso del zorro andino "Run Run", emitida en 2024 en el Perú, afirmó que la naturaleza y los animales eran sujetos de derechos de conformidad con la Constitución Ecológica y les reconoció derechos con la finalidad de brindar una amplia protección a las especies, a la biodiversidad y al medio ambiente para preservarlas para las generaciones futuras.[159] En la misma línea, la Opinión Consultiva OC-32/25 sobre emergencia climática y derechos humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido como sujetos de derechos a la naturaleza y a sus componentes en aplicación del principio de interdependencia entre los derechos humanos y el ambiente.[160]

Estos planteamientos jurisprudenciales contemporáneos llevan a reflexionar sobre quién es una persona y, para ello, resulta pertinente recurrir a la base de los ordenamientos de nuestra tradición jurídica: el derecho romano. Al revisar las fuentes jurídicas romanas, se

[159] El Instituto Peruano de Asesoría Legal del Medio Ambiente y Biodiversidad (IPALEMA) interpuso una demanda de amparo contra el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (SERFOR) y la Municipalidad Metropolitana de Lima para que cesaran de tener en cautiverio al zorro andino llamado "Run Run" en el zoológico Parque de las Leyendas, ubicado en la capital. En su sentencia, el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, Perú, declaró fundada la demanda por la vulneración de los derechos del zorro Run Run (Lima, Perú, 28 junio de 2024, Resolución N°11).

[160] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2025, 29 de mayo). *Opinión Consultiva OC-32/25 sobre emergencia climática y derechos humanos*, punto 7, pp. 230 y ss. https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/1084981967

encuentran las palabras *homo* y *persona,* siendo esta última empleada a partir del siglo I a. C. Por ello, se requiere conocer con precisión cuál era su significado y la relación entre ambas. De la revisión de lo establecido principalmente en las *Institutas* de Gayo y el *Corpus Iuris Civilis,* en esta investigación se plantea que *homo* era el ser humano biológicamente considerado, tanto el varón como la mujer, mientras que *persona* era el *homo* (ser humano) que desempeñaba un rol en el ámbito jurídico porque contaba con algún estado (*status*) y los estados se referían a la libertad (*status libertatis*), a la ciudadanía (*status civitatis*) o a la familia (*status familiae*). De ese modo, la actuación del *homo* como *persona* dependía de lo establecido por el derecho romano.

Para demostrar lo anterior se presentará la etimología, significado y su tratamiento en las fuentes jurídicas romanas de *homo* y *persona* respectivamente para establecer cuál era la relación entre ellos. Posteriormente, se analizará la situación jurídica de la mujer, del esclavo (*servus*), de la esclava (*ancilla*) y del concebido (*qui in utero est*) para determinar si eran *homines* y *personae* en el derecho romano.

II. Sobre *homo* en el derecho romano

En las fuentes jurídicas romanas más antiguas no se ha encontrado la palabra *persona* y, hasta el siglo I a. C., se empleó el término *homo*. Por ello, en primer lugar, se presentará al *homo*, precisando su etimología, su significado y cómo fue empleado en las fuentes jurídicas.

II. 1. Etimología

En el siglo I d. C., el célebre profesor de retórica Marco Fabio Quintiliano señaló en sus *Instituciones Oratorias* lo siguiente: "1. 6. 34: (…) *etiamne* hominem *appellari, quia sit* humo *natus* (*quasi*

vero non omnibus animalibus eadem origo, aut illi primi mortales ante nomen imposuerint terrae quam sibi)".[161]

Al afirmar que se deriva de *humus* (tierra, suelo)[162] por haber nacido de ella, que también es el origen de otros animales, Quintiliano subrayó que *homo* es un ser vivo, material y biológico, que existe en la realidad y que está vinculado desde su origen con la naturaleza. Así, incluiría tanto al hombre como a la mujer.

Esta referencia etimológica a *humus* (tierra) es interesante porque Quintiliano no colocó al hombre como dueño o señor (*dominus*) de la tierra. De allí que *homo* era el ser humano vinculado a la naturaleza desde su nacimiento, ya que su vida transcurre en ella y, por consiguiente, debe cuidarla.

II. 2. Significado de homo

El significado del término *homo* (en plural, *homines*) puede ser el hombre, el varón o el ser humano de sexo masculino en la línea de lo señalado por Marco Tulio Cicerón en *De Legibus*:

> *Cic. Leg.* 1. 22: (…) Este animal tan previsor, sagaz, múltiple, agudo, dotado de memoria, razón y consejo que llamamos hombre (*hominim*), fue engendrado por el Dios supremo con elevado destino: él solo entre tantas especies y naturalezas de animales goza de razón y pensamiento, estando privados de una y otro todos los demás. ¿Y qué hay, no diré en el hombre

[161] QUNTILIANO (1920). *Institutio Oratoria with an English Translation*, W. Heinemann.

[162] ERNOUT, A., & MEILLET, A. (2001). Voce *homo*. En *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine - Histoire des mots* (pp. 302 y ss), 4ª edition augmentée d'additions et des corrections par A. Jacques. Klincksieck; LEWIS, C. T., & SHORT, C. (1879). Voce *humus*. En *A Latin Dictionary,* Oxford University Press.

> (*homine*), sino en el cielo y en la tierra, más divino que la razón, que cuando ha conseguido todo su desarrollo y perfeccionamiento se llama con propiedad sabiduría?[163]

Cicerón ensalzó al hombre, a quien identifica como un animal creado por un dios supremo, y lo entiende como el varón, al que se le ha "dotado de memoria, razón y consejo" y puede alcanzar la sabiduría, diferenciándolo de los demás animales. Este planteo de Cicerón no se aplicaría a la mujer porque a ella no se le reconocía esta racionalidad y, por su ligereza (*animi levitatem*) y la relativa imperfección propia del sexo femenino (*infirmitas sexus*), requería protección jurídica, opinión generalizada sobre las mujeres en la República romana.[164] De allí que Cicerón (*Cic. Leg*. 1. 22) formuló la

---

[163] CICERÓN, M. T. (1946). *Obras completas. Vida y Discursos* (pp. 660 y ss). Tomo II. Anaconda. "*Cic. Leg*. 1. 22: (…) *Huc enim pertinet: animal hoc prouidum, sagax, multiplex, acutum, menor, plenum rationis et consilii, quem uocamus hominim, praeclara quadam condicione generatum esse a supremo deo. Solum est enim ex toto animantium generibus atque naturis particeps rationis et cogitationis, quom cetera sint omnia expertia. Quid es autem, non dicam in homine, sed in omni caelo atque terra, ratione diuinus? Qua quom adoleuit atque perfecta est, nominatur rite sapientia".* Para la versión en latín: CICERÓN, M. T. (1959). *De Legibus*. Georges de Plinval.

[164] DOMÍNGUEZ, M. (2016). La *mulier* romana a través de algunos aforismos y fuentes jurídicas. En ÁLVAREZ, M. B. (Ed.). *Actas del III Congreso de Principios Generales y Derecho Romano* (pp. 595 y ss.). Editorial de la Universidad de Flores; LÓPEZ GUETO, A. (2018). Mujer, poder y derecho en Roma. *Revista Jurídica Piélagus*, *XVII* (1), 11-24; MÉDEZ CHANG, E. (2019). Algunas reflexiones acerca de la situación de la mujer en el Derecho Romano. En ÁLVAREZ, M. B. (Ed.). *Actas del V Congreso de Principios Generales y Derecho Romano* (pp. 64 y ss). Editorial de la Universidad de Flores; MOLINA BARZOLA, M. et al. (2026). Continuidades históricas desde la economía feminista y el derecho romano en Ecuador (2012-

acepción restrictiva de *homo* como varón,[165] siendo este significado el mismo que se empleaba para *vir* (hombre, varón o ser humano de sexo masculino).[166]

Además, se encuentra una acepción amplia de *homo* en las fuentes jurídicas romanas, referida ontológicamente al ser humano, es decir, al varón y la mujer.[167] Ello se señala expresamente en un fragmento de Gayo en D. 50. 16. 152: "No se duda que con la palabra *hombre* se comprende tanto la hembra como el varón".[168]

El significado de *homo* como ser humano, que incluye al varón y a la mujer, se empleó en las fuentes jurídicas romanas que se revisarán a continuación.

II. 3. Homo *como ser humano las fuentes jurídicas romanas*

La palabra *homo* se encuentra en las principales fuentes jurídicas romanas, destacándose el empleo de su acepción amplia, que incluye tanto al varón y a la mujer.

2025). Tiempo de mujeres y trabajo invisible. *Prisma Social Revista de Ciencias Sociales*, (54), 103 y ss.

[165] LEWIS & SHORT, *op. cit.*

[166] *Ibidem*.

[167] BERGER, A. (1953). Voce *homo.* En *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, in *Transactions of the American Philosophical Society, XLIII*(2), 488; ERNOUT & MEILLET*, op. cit*., pp. 297 y ss; MÉNDEZ CHANG, E. (2019). *Introducción al Derecho Romano* (pp. 59 y ss). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

[168] D. 50. 16. 152 (*Gaius libro X ad legem Juliam et Papiam*): "*Hominis» appellatione tam feminam, quam masculum contineri, non dubitatur".* El *Corpus Iuris Civilis* ha sido citado de GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889-1898). *Cuerpo del derecho civil romano a doble texto traducido al castellano del latino.* Jaime Molina.

La acepción amplia de *homo* se encuentra en la Ley de las XII Tablas (451-450 a. C.), la primera codificación romana.[169] Al respecto, la *Tab*. II. 1ª estableció que "*si de libertate hominis controversia erat, etiamsi pretiosissimus homo esset, tamen ut quinquagenaria assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est*".[170] Por referirse a la libertad del *homo,* esta norma era aplicable tanto a los varones como a las mujeres. Su reconstrucción se realizó a partir de las *Institutas* de Gayo (siglo II d. C.):[171]

> *Gai.* 4. 14: (…) así lo había dispuesto la ley de las Doce Tablas. Pero si la controversia giraba sobre la libertad de un hombre (*libertate hominis*), por más que éste fuese de mucho precio, no exigía sin embargo la ley más de cincuenta ases de depósito, a fin de que la caución no fuese demasiado onerosa a los defensores (*adsertores*)[172]

---

[169] MARÍN, M. & BOTINA, M. (2020). Legal Rules in Ancient Rome between Law, Morality and Religion. *Scientia Moralitas*. *International Journal of Multidisciplinary Research*, *V*(2), 20 y ss.

[170] *Tab*. II.1ª: "[…] si la controversia se refería a la libertad de un hombre (*libertate hominis*), aunque ese hombre (*homo*) fuese muy valioso, entonces, según disponía la misma ley. La apuesta sería de cincuenta ases". El texto de la Ley de las XII Tablas, tanto en español como en latín, se ha citado la edición bilingüe de DOMINGO, R. (Dir.) (2000). *Textos de Derecho Romano*. Aranzadi.

[171] Para las *Institutas* de Gayo, se ha citado la edición bilingüe de GAYO (1845). *La Instituta.* Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica.

[172] *Gai.* 4. 14: "(…) *nam ita lege XII tabularum cautum erat, sed vi de libertate hominis controversia erat, etiamsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L. assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est favoris causa, ne satisdatione onerarentur adsertores*". Cabe precisar que, en la edición de las *Institutas* de Gayo dirigida por Rafael Domingo, la traducción es la siguiente: "(…) Así estaba establecido en la Ley de las XII Tablas. Pero si la controversia se refería a la libertad de un hombre (*libertate hominis)*, aunque el supuesto esclavo (*homo*) tuviera un

Al referirse a *Tab.* II. 1ª, Gayo señaló que, para no hacer más onerosa la defensa de la libertad de un ser humano (*homo*), se limitó la apuesta sacramental a cincuenta ases, lo cual resultaba razonable. Si bien en *Tab.* II. 1ª y *Gai.* 4. 14 se encuentra la palabra *homo,* esta norma jurídica fue aplicada tanto para la defensa de la libertad de los varones como de las mujeres en Roma. El empleo de mecanismos jurídicos para la defensa de la libertad de varones y mujeres se encuentra documentado en varios casos durante la vigencia de la Ley de las XII Tablas. Por ejemplo, las fuentes romanas se refieren al caso de la joven Virginia, una plebeya libre a quien Apio Claudio Craso, uno de los decenviros que elaboraron Ley de las XII Tablas, intentó seducir sin éxito, dando lugar a su final trágico como consecuencia de la arbitrariedad del patricio. Como no logró su cometido, el decenviro se puso de acuerdo con su cliente Marco Claudio para que éste reclamara a Virginia como su esclava, ya que argumentó que ella había nacido como *ancilla* (esclava) en su casa. El proceso estuvo a cargo del propio Apio Claudio Craso, quien, vulnerando las normas decenvirales aplicables (*Tab*. VI. 6),[173] no permitió que se dieran las *vindictas* a favor de la joven para defender su libertad (*Liv.* 3. 44)[174] y ella fue adjudicada al cliente, quien después la entregaría

---

precio elevadísimo, la acción era por apuesta sacramental de cincuenta ases, según disponía la misma ley a fin de favorecer los procesos de libertad y no cargar demasiado sobre los que salían defensores de la libertad de un hombre". DOMINGO, *op. cit*., pp. 197 y ss. En esta edición, se tradujo *libertate homini* por "libertad de una persona", por lo que se refería a la libertad de un varón o de una mujer.

[173] *Tab.* VI. 6: "Los abogados de Virginia ... reclaman que Apio Claudio … disponga la libertad provisional en virtud de la ley propuesta por él mismo" ("*Advocati Verginiae … postulant, ut Ap. Claudius … lege ab ipso lata vindicias det secundum libertatem*").

[174] *Liv.* 3. 44: "(…) de acuerdo con la ley que él mismo había redactado, se entregase la custodia de la muchacha a quienes asegurasen su libertad, y que no pudiese una doncella en plenitud sufrir peligro en su reputación al comprometerse su libertad"

al decenviro. Su padre, el centurión plebeyo Lucio Virginio, desesperado ante la injusticia del decenviro, decidió dar muerte a Virgina para evitar que Apio Claudio Craso la ultrajara. Después de que el pueblo romano conoció este abuso del poder del decenviro y la grave vulneración de la Ley de las XII Tablas, se inició una revuelta popular que dio lugar a un castigo muy severo a Apio Claudio Craso (*Liv.* 3. 44-51 y D. 1. 2. 2. 24).[175] Lo sucedido con Virgina permite constatar que las normas de la Ley de las XII Tablas referidas a la defensa de la libertad se aplicaron tanto a los varones como a las mujeres para evitar que quien era libre sea arbitrariamente considerado como un esclavo (*servus*) o una esclava (*ancilla*).

("[…] *lege ab ipso lata vindicias det secundum libertatem, neu patiatur virginem adultam famae prius quam libertatis periculum adire*").

[175] D. 1. 2. 2. 4 (*Pomponius libro singulari Enchiridii*): "(…) como los Decenviros … llevaron con su excesiva y dura dominación a tal punto las cosas, que el ejército se separó de la república. Dícese haber dado principio a esta separación un tal Virginio, quien habiendo advertido que Apio Claudio, contra el derecho que este mismo había trasladado del antiguo derecho a las Doce Tablas, no había admitido de él la fianza (*vindicias abdicere*) por su hija, y había pronunciado las vindicias a favor del que representándole con disimulo la había reclamado como esclava, y ciego de amor a la doncella había atropellado por todo, lícito o ilícito (*fas ac nefas*): indignado de que hubiese faltado en perjuicio de la persona de su hija (*personae filiae suae*) la antiquísima observancia del derecho … habiendo arrebatado un cuchillo de la tienda de un carnicero mató a su hija, con este objeto, con el de evitar con la muerte de la doncella la afrenta del estupro; y tan pronto hizo la muerte, y no seca aún la sangre de su hija, se acogió a sus camaradas. Todos los que, abandonados sus antiguos jefes, trasladaron sus banderas al Aventino desde Álgido, en donde a la sazón se hallaban las legiones con motivo de hacer la guerra (*ubi tunc belli gerendi causa legiones erant*); después se dirigió también allí toda la plebe urbana; y con el consentimiento del pueblo fueron muertos en la cárcel algunos de los decenviros. Así recobró de nuevo la república (*res publica*) su estado".

Asimismo, las fórmulas correspondientes al *ius fetiale* también consideraron al *homo* como ser humano porque, cuando el *legatus* planteaba un reclamo (*rerum repetitio*) a nombre del *populus Romanus* contra el pueblo extranjero por el daño causado, se mencionó lo siguiente en *Liv.* 1. 32. 7: "Si exijo la entrega de tales hombres (*homines*) o tales bienes en contra de la justicia y la religión, no me permitas disfrutar nunca más de mi tierra natal".[176] La entrega de *homines* que el *legatus* exigía al pueblo extranjero se entendía referido al ser humano, que incluía a los varones y a las mujeres.

Como se señaló anteriormente, el Digesto estableció expresamente que el significado de la palabra *homo* incluía al varón y a la mujer en D. 50. 16. 152. Asimismo, en el Digesto se señaló que el derecho se instituyó por causa del *homo,* entendido como ser humano:

> D. 1. 5. 2: Así pues, como todo derecho haya sido constituido por causa de los hombres (*hominum causa*), trataremos primero el estado de las personas, y después de lo demás, siguiendo el orden del Edicto perpetuo y aplicándoles títulos adecuados y conexos, según lo permita la cosa.[177]

A partir del fragmento de Hermogeniano se puede afirmar la centralidad del *homo* (ser humano) para el *ius* (derecho),[178] ya que éste

---

[176] Liv. 1. 32. 7: "Si ego iniuste impieque illos homines illasque res dedier p.r. mihi exposco, tum patriae compotem me nunquam siris esse."

[177] D. 1. 5. 2 (Hermogenianus libro I iuris Epitomarum): "Quum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu, ac post de ceteris, ordinem Edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos aplicantes títulos, ut res patitur, dicemus."

[178] COSTA, J. C. (2008). La condición de la persona en Roma y los derechos humanos. *Aequitas. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador*, *II*(2), 134 y ss; COSTA, J. C. (2010). *La humanidad del derecho en Roma hasta el siglo III* [Tesis de Doctorado, Universidad del Salvador]; TAFARO, S.

fue creado para todos los hombres y las mujeres, no a la inversa. Este planteamiento es coherente con la concepción del *ius* como *ars boni et aequi*,[179] que es producto de la actividad humana para establecer la justicia en las relaciones entre los *homines* y brindar respuestas a sus diversos problemas, disputas y necesidades.

Esta acepción amplia también se corrobora en las fuentes jurídicas romanas porque expresamente se estableció que los sustantivos masculinos comprendían también a los femeninos: en sus *Institutas,* Gayo afirmó que la palabra *filius* (hijo) incluía a también a la *filia* o hija (*Gai.* 1. 32ª,[180] *Gai*. 1. 72[181] y *Gai.* 1. 194[182]). En la misma línea, en el Digesto se señaló que los sustantivos masculinos se referían a varones y a mujeres (D. 50. 16. 195. pr.,[183] D. 50. 16.

(2008). Breve nota sobre los infantes en el Derecho Romano. *Revista de Derecho Privado*, (14), 6 y ss; TAFARO *La centralità, op. cit.,* pp. 11 y s.

179 D. 1. 1. 1. pr: "Conviene que el que haya de estudiar el derecho, conozca primero de dónde proviene la palabra *ius* (derecho). Llámase así de *iustitia* (justicia); porque, según lo define elegantemente Celso, es el arte de lo bueno y equitativo" ("*Iuri operam dauturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum; nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi"*).

180 *Gai.* 1. 32ª: "Lo que hemos dicho del hijo de un año, entendemos que vale también para la hija de un año" ("*Quae vero diximus de filio anniculo, eadem et de filia annicula dicta intellegemus*").

181 *Gai*. 1. 72: "Todo lo que hemos dicho sobre el hijo entiéndase como dicho también para la hija" ("*Quaecumque de filio esse diximus, eadem et de filia dicta intellegemus*").

182 *Gai.* 1. 194: "Todo lo que hemos dicho sobre hijo entiéndase como dicho también para la hija" ("*Quaecumque de filio esse diximus, eadem et de filia dicta intellegemus*").

183 D. 50. 16. 195. pr. (*Ulpianus libro XLIII ad Edictum*): "La expresión de una frase en género masculino se extiende de ordinario a ambos sexos" ("*Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur*").

1[184]). Además, se señaló que *filii* (hijos) y *liberorum* (descendientes) incluían a las mujeres (D. 50. 16. 201,[185] D. 50. 16. 56. 1[186] y D. 50. 16. 220. 3[187]), lo que también era aplicable para *puer,* ya que se refería al niño y a la niña (D. 50. 16. 163. 1[188]). A su vez, *parentis* (ascendientes) incluía a varones y mujeres (D. 50. 16.5[189]), pese a

---

184 D. 50. 16. 1 (*Ulpianus libro I ad Edictum*): "Esta expresión 'si alguno' (*si quis*) comprende tanto a los varones como a las hembras" ("*Verborum hoc 'si quis', tam masculos, quam feminas complectitur"*).

185 D. 50. 16. 201 (*Iulianus libro II Digestorum*): "Se ha de admitir por justa interpretación, que en la denominación de 'hijo', así como respondimos muchas veces que está contenida la hija de familia" ("*Iusta interpretatione recipiendum est, ut appellatione 'filii', sicuti filiamfamilias contineri saepe respondimus*").

186 D. 50. 16. 56. 1 (*Ulpianus libro LXII ad Edictum*): "En la denominación de 'descendientes' se contienen no solamente los que están bajo potestad, sino todos los que son de propio derecho, ora sean del sexo masculino, ora del femenino, ora descendientes de sexo femenino" ("*'Liberorum' appellatione continentur non tantum, qui sunt in potestate, sed omnes, qui sui iuris sunt, sive virilis, sive feminini sexus, sunt, exve feminini sexus descendentes"*).

187 D. 50. 16. 220. 3 (*Callistratus libro II Quaestionum*): "… con la denominación de hijos están comprendidos todos los que descienden de nosotros; porque no podemos llamar a los nietos con nombre más dulce que el de hijo. Pues engendramos y damos a luz hijos o hijas para esto, para dejar con la prole de ellos o de ellas memoria duradera de nosotros en el tiempo" ("… *Praeter haec omnia natura nos quoque docet, parentes pios, qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt, filiorum appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineri; nec enim dulciore nomine possumus nepotes nostros, quam filii, appellare. Etenim idcirco filios, filiasve concepimus atque edimus, ut ex prole eorum, earumve diuturnitatis nobis memoriam in aevum relinquamus*"*).*

188 D. 50. 16. 163. 1 (*Paulus libro II ad Sabinum*): "Con la palabra 'niño' se significa también la niña" ("*'Pueri' appellatione etiam puella significatur*").

189 D. 50. 16. 51 (*Gaius libro XXIII ad Edictum provinciale*): "En la denominación

que ellas no ejercieron la patria potestad sobre sus descendientes en ningún supuesto y difícilmente pudieron adoptar (*Gai.* 1. 104;[190] C. 8. 48. 5;[191] I. 1. 11. 10[192]). En cuanto al término esclavo (*servus*), se refería también a la esclava (*ancilla*) según D. 50. 16. 40. 1[193] y D. 50. 16. 101. 3,[194] el patrono a la patrona (D. 50. 16. 52)[195] y el liberto a la liberta (D. 50. 16. 172).[196]

---

de 'ascendiente' se comprende no solamente el padre, sino también el abuelo, y el bisabuelo, y todos los demás antepasados; pero también la madre, la abuela y la bisabuela" ("*Appellatione 'parentis' non tantum pater, sed etiam avus, et proavus, et deinceps omnes superiores continentur; sed et mater, et avia, et proavia*").

[190] *Gai.* 1. 104: "Las mujeres, en cambio, no pueden de ningún modo adoptar, ya que no tienen en su potestad ni siquiera a los hijos naturales" ("*Feminae vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestatem habent*").

[191] C. 8. 48. 5 (*Impp. Diocletianus et Maximianus Syrae*): "Es cierto que no puede arrogar la mujer, la cual no tiene bajo su potestad ni a sus propios hijos" ("*Mulierem quiedem, quae nec suos filios habet in potestate, arrogare non posse certum est*").

[192] I. 1. 11. 10: "Tampoco pueden adoptar las mujeres, porque ni tienen bajo su potestad a sus hijos naturales; mas por indulgencia del príncipe pueden adoptar para consuelo de la pérdida de sus hijos" ("*Feminae quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in sua potestate habent; sed ex indulgentia principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt*").

[193] D. 50. 16. 40. 1 (*Ulpianus libro LVI*): "La denominación de 'esclavo' se refiere también a la esclava" ("'*Servi' appellatio etiam ad ancillam refertur*").

[194] D. 50. 16. 101. 3 (*Modestinus libro IX Differentiarum*): "Algunos opinan que habiéndose legado 'esclavos' se deben también las esclavas, como si esta denominación común comprendiera a ambos sexos" ("'*Servis' legatis etiam ancillas deberi, quidam putant, quasi commune nomen utrumque sexum contineat*")

[195] D. 50. 16. 52 (*Ulpianus libro LXI ad Edictum*): "Con la denominación de 'patrono' se comprende también a la patrona" ("'*Patroni' appellatione et patrona continetur*").

[196] D. 50. 16. 172 (*Ulpianus libro XXXVIII ad Sabinum*): "Plugo que con la

El empleo de la acepción amplia de *homo* también se interpreta a partir de *Gai.*1. 1, donde Gayo mencionó a quiénes se aplicaba el *ius gentium* (derecho de gentes):

> *Gai*. 1. 1: Todos los pueblos, que se rigen por leyes y costumbres, usan en parte del suyo y en parte del derecho común a todos los hombres (*omnes homines*). Porque el derecho que cada pueblo constituyó él mismo para sí, es propio de la ciudad y se llama derecho civil; como derecho peculiar de aquella misma ciudad; pero el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado igualmente por todos, y se llama derecho de gentes, como derecho que se valen los pueblos.[197]

Para Gayo, todos los seres humanos (*homines*), tanto varones como mujeres, emplearon el *ius gentium* (derecho de gentes), que era establecido por la razón natural (*naturalis ratio*) y lo aplicaron a las relaciones jurídicas entre individuos y entre los pueblos. Lo señalado por Gayo (*omnium hominum iure utuntur*) se encuentra también en D. 1. 1.9[198]

---

denominación de 'liberto' se comprendiera también la liberta" ("*'Liberti' appellatione etiam libertam contineri placuit*").

[197] *Gai*. 1. 1: "*Omnes populi que legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur*".

[198] D. 1. 1. 9 (Gayo, *Institutiones*): "Todos los pueblos, que se rigen por leyes y costumbres, usan en parte del suyo y en parte del derecho común a todos los hombres. Porque el derecho que cada pueblo constituyó él mismo para sí, es propio de la ciudad y se llama derecho civil; como derecho peculiar de aquella misma ciudad; pero el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado igualmente

e I. 1. 2. 1.[199] Debe tenerse en cuenta que el *ius gentium* era el derecho común a todos los seres humanos, que no estableció *a priori* límites o diferencias fundados en raza, sexo o ciudadanía, distinguiéndolo así del *ius civile,* que era el ordenamiento jurídico propio de un determinado pueblo.[200]

La aplicación del *ius gentium* a varones y mujeres se constata en lo

---

por todos, y se llama derecho de gentes, como derecho que se valen los pueblos" ("*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*").

[199] I. 1. 2. 1: "El derecho se divide en civil o de gentes. Todos los pueblos regidos por leyes o costumbres tienen un derecho, que en parte les es propio, y en parte es común a todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo se da exclusivamente, es propio de los individuos de la ciudad, y se llama derecho civil; mas el que una razón natural establece entre todos los hombres, y se observa en casi todos los pueblos, se llama derecho de gentes, es decir, de todas las naciones. Los romanos siguen también un derecho en parte aplicable a los ciudadanos y en parte a todos los hombres" ("*Ius autem civile, vel gentium ita dividitur. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Et populus Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur*").

[200] MÉNDEZ CHANG, E. (2023). *Del ius gentium de Gayo al Derecho de gentes de Vitoria: reflexiones para el Derecho internacional contemporáneo*. En MONTAÑANA CASANÍ, A. C., & LÁZARO GUILLAMÓN, G. (Eds.). *La Proyección del Derecho Romano en los textos y en la Ciencia Jurídica Universal. Temas y Ejemplos* (pp. 446 y ss). Boletín Oficial del Estado.

sucedido en el año 231 a. C. según Polibio (*Pol. Historias*, II. 3):[201] en una audiencia concedida por la reina Teuta de Iliria a un grupo de legados del *populus Romanus*, ellos le reclamaron por los ataques realizados por los piratas ilirios contra las embarcaciones romanas, las que sufrieron el robo de sus mercancías. Por ello, le solicitaron el cese de las actividades de piratería y la reparación correspondiente. La reina se sintió ofendida por las palabras del más joven embajador romano y, cuando el grupo se retiró, dio la orden de matar al ofensor. Esta acción de la reina vulneró la norma de *ius gentium* que garantizaba la inviolabilidad de los embajadores y, por ello, dio lugar a la primera guerra de los romanos contra los ilirios, siendo estos últimos derrotados. Por ser la gobernante de Iliria, Teuta estaba obligada a cumplir las normas de *ius gentium* y, si las vulneraba, asumía las consecuencias.

En segundo lugar, la esclavitud fue establecida por el *ius gentium* (D. 1. 5. 4. 1) y llegaron a ser esclavos tanto el *servus* (esclavo) como la *ancilla* (esclava), lo cual se corroboró en los fragmentos de Ulpiano (D. 50. 16. 40. 1) y Modestino (D. 50. 16. 101. 3) mencionados anteriormente.

Si bien se ha fundamentado por qué *homo* significó ser humano, incluyendo tanto al varón como a la mujer, se deben hacer dos precisiones: la primera es que se utilizaron las palabras *femina* y *mulier* para referirse a la mujer y fueron empleadas en las normas jurídicas

[201] *Pol. Historias*, II. 3: "La reina tomó este desenfado con una ira inconsiderada y propia de su sexo, y la irritó tanto el dicho, que, sin respeto a derecho de gentes, envió en seguimiento de los embajadores que habían partido, para que diesen muerte al autor de semejante falta de respeto: acción que lo mismo fue saberse en Roma que, enfurecidos con el insulto de esta mujer, hacer aparatos de guerra, matricular tropas y equipar una armada." POLIBIO (s/f). Historia *Universal bajo la República Romana, 1*: https://historicodigital.com/download/polibio%20-%20historia%20universal%20bajo%20la%20republica%20romana%20i.pdf

aplicables exclusivamente a ella,[202] como se señaló en *Gai.* 1. 104, C. 8. 48. 5 e I. 1. 11. 10, que expresamente la excluían del ejercicio de la patria potestad. La segunda es que, por regla general, la mujer tuvo menos derechos que el varón, como se afirmó en D. 1. 5. 9: "En muchos artículos de nuestro derecho es peor la condición de las hembras, que la de los varones".[203] La desigualdad jurídica entre varones y mujeres se mantuvo a lo largo del tiempo, aunque la situación de la mujer fue mejorando hasta llegar al *Corpus Iuris Civilis.* Sin embargo, la mujer no pudo ejercer la patria potestad (*Gai.* 1. 104, C. 8. 48. 5 e I. 1. 11. 10) porque era un poder masculino y exclusivo del *paterfamilias*. Tampoco tuvo derecho al voto, no participó en las asambleas populares, no fue parte del Senado, no desempeñó una función pública ni ejerció cargo público,[204] como se estableció claramente en D. 50. 17. 2. pr.: "Las mujeres están excluidas de todos los oficios civiles o públicos; y por esto no pueden ser jueces, ni desempeñar la magistratura, ni postular, ni intervenir por otro, ni ser procuradores".[205]

Finalmente, es interesante tener en cuenta que *homo* (ser humano) también fue clasificado como cosa corpórea en el derecho romano,

---

[202] MÉNDEZ CHANG, *Algunas reflexiones, op. cit*., p. 46 y ss.

[203] D. 1. 5. 9 (*Papinianus libro XXXI Quaestionum*): "*In multis iuris nostri articulis deterior est conditio feminarum, quam masculorum".*

[204] LÓPEZ GUETO, *Mujer, op. cit*., pp. 12 y ss. Para Bengoochea Jove, esta discriminación de las mujeres en lo político es consecuencia de la estructura patriarcal de la sociedad y del poder: BENGOOCHEA JOVE, M. C. (1998). La historia de la mujer y la historia de género en Roma Antigua: historiografía actual. Espacio Tiempo y Forma, Serie II, Historia Antigua, (11), 254 y ss; MÉNDEZ CHANG, *Algunas reflexiones, op. cit*., p. 58 y ss.

[205] D. 50. 17. 2. pr. (*Ulpianus libro I ad Sabinum*): "*Feminae ab omnibus officiis civilibus, vel publicis remotae sunt; et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere*".

como se señaló en *Gai.* 2. 13: "Son corporales las cosas tangibles, como un fundo, un esclavo (*homo*), un vestido, el oro, la plata y otras innumerables cosas".[206] En esa misma línea, en D. 1. 8. 1. 1 se afirmó: "(…) Son corporales, las que pueden tocarse, como un fundo, un hombre (*homo*), un vestido, el oro, la plata, y finalmente otras cosas innumerables",[207] así como en I. 2. 2. 1: "Son corpóreas, las que por su naturaleza pueden ser tocadas, como un fundo, un hombre (*homo*)".[208] Como se puede constatar, en las *Institutas* de Gayo, el Digesto y las *Instituciones* de Justiniano, el ejemplo de cosa corpórea es *homo,* es decir, el ser humano. No obstante, este término *homo* ha sido traducido muchas veces como "esclavo", aunque García del Corral correctamente señaló que era el "hombre" (*homo*), según el texto original. De la correcta traducción de *homo*, se concluye que los seres humanos también eran clasificados como cosa corpórea, no limitándose al esclavo (*servus*) o esclava (a*ncilla*), siendo estos últimos los privados de libertad, quienes podían volver a ser libres a través de la manumisión. De allí que, al considerar al *homo* (ser humano) como cosa corpórea, se constata su realidad material y no se está negando su naturaleza humana porque esta clasificación alude solamente a la materialidad del cuerpo, que es físicamente tangible.

Si bien el ser humano se clasificaba como cosa corpórea, se estableció expresamente la importancia y centralidad del *homo*, diferenciándolo de las demás cosas (*res*) en el Digesto y en las *Instituciones* de Justiniano. En un fragmento de Gayo, se abordó la situación jurídica del hijo o de la hija de una esclava (*partus ancillae*) dada

---

[206] *Gai.* 2. 13: "*Corporales hae sunt, quae tangi possunt, ueluti fundus, homo, uestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles"*.

[207] D. 1. 8. 1. 1 (*Gaius libro II Institutionum*): "(…) *Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique alie res innumerabiles*".

[208] I. 2. 2. 1: "*Corporales hae sunt, quae sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo*".

en usufructo y se resolvió no considerar a esta criatura como fruto para que no pertenezca al usufructuario en D. 22. 1. 28. 1: "Mas el parto de una esclava no se considera como fruto (*fructu*), y así, pertenece al dueño de la propiedad; porque parecía absurdo que el hombre (*hominem*) fuese reputado por fruto, habiendo producido la naturaleza todos los frutos de las cosas en obsequio de los hombres (*hominum*)".[209] En la misma línea, en I. 2. 1. 37 se señaló lo siguiente: "(…) Mas el parto de la 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".[210] Resulta interesante que D. 22. 1. 28. 1 e I. 2. 1. 37 hayan mencionado que la naturaleza le ofrece sus frutos al ser humano (*omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit*) para su beneficio, colocándola al servicio de éste. Sin embargo, no se afirma que la naturaleza sea un objeto bajo el dominio del *homo,* estableciendo una relación entre ambos que nos recuerda lo señalado por Quintiliano (*Institutio Oratoria,* 1. 6. 34). De allí que el ser humano, como realidad biológica, tenga una posición central para el derecho y cuente con un tratamiento distinto a cualquier otra cosa (*res*).

Después de abordar la etimología, el significado y el empleo de la acepción amplia en las fuentes jurídicas romanas, se concluye que *homo* era ontológicamente el ser humano y se refería tanto al varón como a la mujer. A continuación, se analizará a la *persona.*

---

[209] D. 22. 1. 28. 1 (Gaius libro II Rerum quotidianarum sive Aureorum): "Partus vero ancillae in fructu non est, itaque ad dominum proprietas pertinet; absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit".

[210] I. 2. 1. 37: "(…) Partus vero ancillae in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit".

III. Sobre la *persona*

A partir del siglo I a. C., además de *homo,* se empleó la palabra *persona* en las fuentes romanas.[211] Con la finalidad de entender su significado, en primer lugar, se estudiará su etimología para posteriormente reflexionar sobre su empleo en las fuentes romanas.

III. 1. Etimología

Con la finalidad de conocer el origen de la palabra *persona*, se debe partir del análisis de lo señalado en la obra *Noctes Atticae* (Noches Áticas)[212] del retórico y gramático romano Aulio Gelio (125-180 d. C.), donde se explicó su etimología.

> *Noctes Atticae* V.7.1-2: 1. Sabia e ingeniosa explicación, a fe mía, la de Gabio Basso, en su tratado Del origen de los vocablos, de la palabra *persona*, máscara. Cree que este vocablo toma origen del verbo *personare*, resonar. He aquí cómo explica su opinión: 2. "No teniendo la máscara que cubre por completo el rostro (*caput*) más que una abertura en el sitio de la boca, la voz, en vez de derramarse en todas direcciones, se estrecha para escapar por una sola salida, y adquiere por ello sonido más penetrante y fuerte. Así,

[211] DI PIETRO, A. (2023). El concepto de persona en el derecho romano. *Revista Jurídica Digital UANDES, 7*(2), 82-97; STAGL, J. F. (2015). De cómo el hombre llegó a ser persona: Los orígenes de un concepto jurídico-filosófico en el Derecho Romano. *Pro Jure Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (45), 373-401.

[212] Para consultar el contenido de esta obra, se recomienda revisar las siguientes versiones: AULO GELIO (1959). *Noches Áticas: Capítulos Jurídicos,* Ediciones Jurídicas Europa-América, y LOEB CLASSICAL LIBRARY (1927). *Gellius. Noctes Atticae*. Chicago University Press.

> pues, porque la máscara hace la voz humana más sonora y vibrante, se le ha dado el nombre de *persona* y, por consecuencia, de la forma de esta palabra, es larga la letra *o* en ella".[213]

Como claramente menciona Aulo Gelio, la explicación del origen de *persona* fue formulada por el gramático Gabio Basso (siglo I a. C.), quien afirmó que era la máscara y provenía del verbo *personare* (resonar),[214] ya que contribuía a hacer resonar la voz del ser humano que la portaba. Para Lell,[215] *persona* es una palabra que tenía orígenes etruscos, al vincularla a la representación de los difuntos y del dios del inframundo Phersu, y también griegos por referirse a la máscara

---

[213] "'*Personae' vocabulum quam lepide interpretatus sit quamque esse vocis eius originem dixerit Gavius Bassus. 1. Lepide mi hercules et scite Gavius Bassu in libris, quos de origine vocabulorum composuit, unde appellata 'persona' sit, interpretatur; a personando enim id vocabulum factum esse coniectat. 2. Nam 'caput' inquit et os coperimento personae tectum undique unaque tantum vocis emittendae via pervium, quoniam non vaga neque diffusa est, set in unum tantummodo exitum collectam coactamque vocem ciet, magis claros canorosque sonitus facit. Quoniam igitur indumentum illud oris clarescere et resonare vocem facit, ob eam causam 'persona' dicta est 'o littera propter vocabuli formam productiore'*". El texto en español es citado de AULO GELIO, *Noches, op. cit*., pp. 67 y ss.; el texto en latín se encuentra en LOEB CLASSICAL LIBRARY, *Gellius, op. cit*.

[214] En Roma, la máscara de teatro fue probablemente introducida por Roscius hacia el año 110 a. C. THURSTON PECK, H. (1898). Voce *persona*. En *Harpers Dictionary of Classical Antiquities*. Harper & Brothers; LEWIS & SHORT, *op. cit*.

[215] LELL, H. M. (2019). Perspectiva Histórica de la Metáfora del Concepto Jurídico de Persona. Etimología e Ideas en la Antigüedad. *Díkaion, 28*(2), 2019, 310-332. Véase también ALADASHVILI, G. (2020). The Germ of the Conception of Legal Person in Roman Law. *Journal of Law (Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Faculty of Law)*, (2), 18 y ss; BERGER, Voce *persona, op. cit*., pp. 628 y ss y STAGL, De cómo, *op. cit*., pp. 377 y ss.

llamada *prósopon* (*πρόσωπον*) que mantenía el anonimato de su portador en los rituales dionisíacos. De esta manera, *persona* era la máscara que tenía varios usos, sea en el teatro o en rituales religiosos, los que llevaron a cabo etruscos, griegos y romanos respectivamente. Asimismo, es interesante resaltar que Gabio Basso afirmó que la máscara (*persona*) se colocaba sobre la cara o faz (*caput*[216]) de un ser humano y que el orificio ubicado a la altura de la boca cumplía la finalidad de ésta: hacer que la voz resuene y se escuche con fuerza y claridad.

Por su parte, Sexto Pompeyo Festo (siglo II d. C.) se refirió a la máscara que se coloca sobre el rostro (*personata fabula*) en un contexto teatral en *De verborum significatione* y señaló lo siguiente:

> *Fest. S. V. Personata fabula*: *"Personata fabula quaedamne ut inscribitur, quam putant quidam primum a personatis histrionibus, sed cum post multos annos comodi et tragoedi personas uti coeperunt, verisimilius est eam fabulam propter inopiam comoedorum actam novam per Atellanos, qui proprie vocantur personati, quia ius est is non cogi in scenam ponere personam, quod ceteris histrionibus pati necesse est*".[217]

En el fragmento anterior, Festo afirmó que las obras llamadas *personata fabula* recibían este nombre porque los actores llevan puestas sus máscaras (*personatis histrionibus*) durante la representación teatral de las *Atellanae*, donde antiguamente los actores atelanos eran llamados propiamente *personati,* quienes gozaban del derecho (*ius*) de no verse obligados a retirarse la máscara durante la actuación y mantenían así su anonimato. Como se puede apreciar en Festo, el término usualmente empleado para referirse al actor fue *histrio*, que tuvo origen etrusco, y el uso de máscaras por los actores cómicos o

---

[216] ERNOUT & MEILLET, Voce *caput, op. cit*., pp. 96 y ss.

[217] FESTI, S. P. (1889). *De Verborum Significatu quae supersunt cum Pauli Epitome* (pp. 288 y ss). Aemilius Thewrewk de Ponor.

trágicos fue adoptado posteriormente.[218] A diferencia de los actores atelanos, cuando la actuación del *histrio* no agradaba al público, el actor estaba obligado a quitarse a máscara y mostrar su identidad.[219] En cuanto a la situación jurídica de los actores y actrices, fue empeorando con el correr del tiempo en Roma.[220]

En atención a lo señalado por Aulo Gelio y Festo, la etimología de *persona* permite identificar algunos puntos relevantes para comprenderla en el derecho romano:

a) Por ser una máscara, *persona* era una cosa (*res*) corpórea porque era tangible (*Gai.* 2. 13, D. 1. 8. 1. 1) y era una pieza elaborada que se añadía al rostro de su portador (*Noctes Atticae* V. 7. 2). Por ello, era un objeto externo que no formaba parte del cuerpo biológico del individuo. De allí que el ser humano (*homo*) sea ontológicamente distinto a la máscara que llevaba puesta.

b) La *persona,* entendida como máscara, no actuaba ni desempeñaba un rol por sí misma porque requería estar colocada sobre el rostro (*caput* o cabeza) del ser humano para proyectar su voz (*Noctes Atticae* V. 7. 2). Al respecto, el orificio de la máscara, cuya función estaba relacionada con el verbo

[218] ERNOUT & MEILLET, Voce *histrio,* op. cit., pp. 297 y ss; QUINTANA ORIVE, E. (2003). Sobre la condición jurídica de los actores en el Derecho Romano. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, (50), 301 y ss; LEWIS & SHORT, Voce *histrio, op. cit*.

[219] *Atellanae fabulae* eran espectáculos cómicos que realizaban sátiras. THURSTON PECKC, Voce *persona*, *op. cit*.; SMITH, W., WAYTE, W., & MARINDIN, G. E. (Eds.) (1890). Voce *persona*. En *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*. John Murray.

[220] En esta investigación no será abordada la situación jurídica de actores y actrices en el Derecho Romano y, al respecto, se recomienda revisar: QUINTANA ORIVE, *Sobre la condición, op. cit*., pp. 302 y ss.

personare (resonar), permitía que la voz del ser humano que estaba actuando sea escuchada más allá del entorno en donde se encontraba puesto que tenía la finalidad de que llegue con claridad a todo el público.[221]

c) *Persona,* entendida como máscara usada en el teatro o en rituales religiosos, contaba con colores, símbolos y decoración que permitían identificar cuál era el rol, papel o personaje que interpretaba el ser humano que la traía puesta[222].

De lo anteriormente mencionado, se concluye que *persona,* palabra cuyo origen era la máscara, era una cosa (*res*) corpórea externa al *homo* que le permitía desempeñar el rol o personaje, pero no modificaba su naturaleza humana.

Después de presentar la etimología de *persona* como máscara, a continuación se presentará su significado.

III. 2. Significado de persona

La palabra *persona* resulta polisémica en el derecho romano porque se pueden identificar varios significados y los principales serán presentados a continuación.

A partir de su etimología, *persona* era el rol atribuido, el personaje

[221] Sobre los fines de la máscara en el teatro y la actuación del personaje, véase: RINALDI, N. D. (2017). *Manual de derecho romano público y privado* (pp. 207 y ss). Colaboración de M. B. Álvarez. Edictum. También LELL, *Perspectiva, op. cit*., pp. 318 y ss.

[222] BLANCH NOUGUÉS, J. M. (2008). *Ius, iustitia y persona*: a propósito de la pregunta antropológica. *Revista General de Derecho Romano, 10*, 15 y ss; RINALDI, *Manual, op. cit*., pp. 207 y ss.

o el actor que lo desempeñaba en el ámbito jurídico;[223]; por ello, los roles que un ser humano podía interpretar dependían de los estados, derechos, poderes y obligaciones con los que contaba en el derecho romano,[224] los que podían cambiar a lo largo de su vida. Al respecto, Catalano afirmó que el concepto antiguo de *persona* era concreto e indicaba un aspecto jurídico del ser humano, como ser libre o esclavo,[225] posición que se encuentra fundamentada en las fuentes jurídicas romanas como *Gai.* 1. 9: "Ciertamente, la primera división del derecho de personas es ésta: todos los hombres o son libres o son esclavos".[226] Este texto gayano fue reproducido en los mismos términos en D. 1. 5. 3: "Y así, la principal división en el derecho de

---

[223] *"… masque de théatre … role attribué à ce masque, caractère, personnage ..."* ERNOUT & MEILLIET, Voce *persona, op. cit*., pp. 500 y ss; DI PIETRO, *El concepto, op. cit*., pp. 87 y ss.; "… *a personage*, *character*, part, represented by an actor" en LEWIS & SHORT, Voce *persona, op. cit*.; THURSTON PECK, Voce *persona*, *op. cit*.; DI PIETRO, *El concepto, op. cit*., p. 87 y ss; STAGL, *De cómo*, *op. cit*., pp. 378 y ss. Para Agnati, el significado de *persona* era personaje para Gayo. AGNATI, U. (2009). "*Persona iuris vocabulum*". Per un'interpretazione giuridica di «persona» nelle opere di Gaio. *Rivista di Diritto Romano*, *IX*, 2 y ss.

[224] La persona sería el ser humano ubicado en un estado, véase: AGNATI, "*Persona"*, *op. cit*., pp. 15 y ss; DI PIETRO, *El concepto, op. cit*., pp. 92 y ss; GAYOSSO Y NAVARRETE, M. (1992). *Persona: naturaleza original del concepto en los derechos romano y náhuatl* (pp. 51 y ss). Universidad Veracruzana; LEWIS & SHORT, Voce *persona, op. cit*.

[225] CATALANO, P. (1995). Observaciones sobre la "persona" del concebido a la luz del Derecho Romano (de Juliano a Teixeira de Freitas). En *La persona en el sistema jurídico latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un Código civil tipo en material de personas* (pp. 141 y ss). Editorial de la Universidad del Externado.

[226] *Gai.* 1. 9: "*Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi".*

la persona es ésta: que todos los hombres son o libres o esclavos";[227] asimismo, en I. 1. 3. pr.[228]

Di Pietro[229] y Blanch Nougués[230] plantearon que *caput* se empleó con el mismo sentido que *persona* en el derecho romano clásico y se refirió a un aspecto individual y numérico, no limitado al ser humano porque también se usaba para contar las cabezas de ganado. Por ello, afirmaron quien tenía *caput* era *persona*, porque tener cabeza era contar con capacidad jurídica.[231] Si bien *caput* fue mencionado en *Noctes Atticae* V. 7. 2 para referirse al rostro o cara del ser humano sobre el cual se colocaba la máscara, no se refirió a su capacidad de ejercicio ni mencionó que su portador era un centro de imputación de derechos y obligaciones.

Por su parte, Berger,[232] Lewis y Short[233] señalaron que *persona* era el ser humano (*homo*) y, con ello, están en la línea de lo afirmado por Catalano[234] y Tafaro,[235] quienes también plantearon que el concepto de *persona* se vinculaba estrechamente con el ser humano en el derecho romano. Este significado lleva a reflexionar sobre cuál es la relación entre *homo* y *persona* porque no eran sinónimos.

---

[227] D. 1. 5. 3 (*Gaius libro I Institutionum*): "*Summa itaque de iure personarum divisio haec est; quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi".*

[228] I. 1. 3. pr: "La principal división del derecho de las personas es ésta: que todos los hombres son o libres o esclavos" ("*Summa itaque divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liber sunt aut servi"*).

[229] DI PIETRO, *El concepto, op. cit*., pp. 83 y ss.

[230] BLANCH NOGUES, *Ius, op. cit*., pp. 17 y ss.

[231] No obstante, referirse a "capacidad jurídica" en el derecho romano resultaría anacrónica; al respecto, véase TAFARO, S. (2007). La centralità dell'uomo (persona). *Revista General de Derecho Romano,* (9), 2 y ss.

[232] BERGER, Voce *persona, op. cit*., pp. 628 y ss.

[233] LEWIS & SHORT, Voce *persona, op. cit*.

[234] CATALANO, *Observaciones, op. cit*., pp. 141 y ss.

[235] TAFARO, *La centralità, op. cit*., pp. 11 y ss.

Adicionalmente se han encontrado otros significados como, por ejemplo, considerar que *persona* era una figura, diferenciándola de la estatua (D. 19. 1. 17. 9),[236] los que no serán abordados en esta investigación.

A partir de las fuentes jurídicas romanas, se puede afirmar que *persona* no excluyó al ser humano (*homo*) y se refirió a su actuación en el ámbito jurídico.

III. 3. Sobre la persona en las fuentes jurídicas romanas

Persona fue el término utilizado desde el siglo I a. C. en las fuentes romanas[237] y contó con un significado jurídico: el ser humano que desempeñaba un rol en el derecho romano, en el que tuvo un lugar importante y central.

En las fuentes jurídicas romanas encontramos que persona era uno de los tres ejes del derecho romano, así como las cosas (*res*) y las acciones (*actiones*), según se señaló en *Gai*. 1. 8: "Todo el derecho que usamos se refiere o a las personas, o a las cosas, o a las acciones. En primer lugar, tratemos de las personas".[238] Esta importancia de conocer quiénes son las personas se plasma en el estudio de su estado en el libro I de las *Institutas* de Gayo. Posteriormente, el Digesto incorporó lo señalado por Gayo en los mismos términos (D. 1. 5. 1: "Todo el derecho de que usamos, concierne o a las personas, o a las cosas, o a las acciones"),[239] así como en las *Instituciones* de

---

[236] D. 19. 1. 17. 9 (*Ulpianus libro XXXII ad Edictum*): "… las figuras, por cuya boca suele salir el agua …" ("… *et personas, ex quarum rostris aquae salire solet* …").

[237] DI PIETRO, *El concepto, op. cit*., pp. 95 y ss.

[238] *Gai.* 1. 8: "*Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res ved ad actiones. Sed prius videamus de personis".*

[239] D. 1. 5. 1 (Gaius libro I Institutionum): "Omne ius, que utimur, vel ad personas

Justiniano, donde I. 1. 2. 12 señaló lo siguiente: "Todo el derecho de que usamos, se refiere o a las personas, o a las cosas, o a las acciones. Trataremos primero de las personas. Porque es poco haber conocido el derecho, si se desconocen las personas en cuya causa se ha constituido".[240] De esta manera se subrayó la importancia de su estudio para la comprensión del derecho. Por ser uno de los ejes del derecho romano, persona era central y prioritaria para el estudio y la comprensión del sistema jurídico romano,[241] y de allí que sea abordada desde el primer libro de las *Institutas* de Gayo, del Digesto y de las *Instituciones* de Justiniano respectivamente. De allí que persona era distinta a *res* (cosa) y, en opinión de Di Pietro,[242] lo opuesto a ésta. No obstante, distinguir a la persona (como ser humano que actúa en el ámbito jurídico) no entraría en conflicto con la clasificación de homo como cosa corpórea, establecida en *Gai*. 2. 13, D. 1. 8. 1. 1 e I. 2. 2. 1, porque todo ser humano tiene un cuerpo material y tangible.

De lo anteriormente mencionado, se constata que persona es uno de los ejes del derecho romano y es un concepto central en el sistema jurídico romano, cuyo tratamiento fue desarrollado en las fuentes jurídicas romanas, como se analizará en los siguientes puntos. Al respecto, es menester precisar cuál es la relación entre homo y persona.

---

pertinet, vel ad res, vel ad actiones".

[240] I. 1. 2. 12: *"Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. ac prius de personis videamus. nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorantur".*

[241] TAFARO, *La centralità, op. cit*., pp. 9 y ss.

[242] DI PIETRO, *El concepto, op. cit*., pp. 90 y ss.

IV. La relación entre *homo* (ser humano) y *persona*

A partir del análisis de las *Institutas* de Gayo y del *Corpus Iuris Civilis* se establece la relación entre ambos términos, la que puede resumirse en que *homo* (sea hombre o mujer) es el ser biológico y material, mientras que *persona* es el ser humano que actúa en el ámbito jurídico, es decir, *persona* es el *homo* que desempeña un rol según lo establecido por el derecho romano.

IV. 1. Homo *(ser humano) es central para el* ius *(derecho) en el que la persona desempeña un rol*

Como realidad biológica, *homo* es central para el *ius* (derecho), donde se ubica la *persona*, quien actúa desempeñando el rol que ha sido determinado jurídicamente. En D. 1. 5. 2, Hermogeniano afirmó que el derecho había sido constituido por causa de los seres humanos (*hominum causa*), lo que subrayó la centralidad del *homo* en el origen del derecho y su carácter prioritario[243] para el desarrollo del sistema jurídico romano. De esta manera, Hermogeniano sostuvo que la realidad ontológica del ser humano (*homo*) era natural e innegable, precedía al surgimiento del derecho y era central a éste, mientras que el estado de las personas (*personarum statu*), como producto jurídico aplicable al *homo*, debía ser abordado y estudiado en primer lugar para una adecuada comprensión del derecho. Al respecto, la existencia del derecho se debía a que los seres humanos interactuaban entre sí y, por ello, era necesario regular las relaciones que se establecían entre ellos para evitar disputas y, cuando éstas surgían, darles una solución adecuada y justa. Por su parte, el estado de las personas (*personae status*) era

[243] TAFARO, *La centralità, op*. cit., pp. 9 y ss.

una construcción jurídica referida al ser humano (*homo*) que fue evolucionando en el tiempo de conformidad con el desarrollo del sistema jurídico romano. Hermogeniano propuso correctamente el estudio de los estados de la *persona*, los que fueron establecidos por el derecho con relación a la clasificación de un ser humano respecto a la libertad, ciudadanía y familia; de allí que la *persona* era el *homo* ubicado en algún estado.

A diferencia de lo señalado en el fragmento de Hermogeniano, las *Instituciones* del Justiniano señalan en I. 1. 2. 12: "(…) Trataremos primero de las personas, porque poco se conoce el derecho si no se conocen las personas por cuya causa se haya constituido",[244] haciendo referencia solamente a la *persona* como causa del derecho, no al *homo*, es decir, se pone énfasis en la *persona* (entendida como ser humano que actúa en el ámbito jurídico), en la construcción jurídica, no en el *homo* como realidad ontológica. El planteamiento en I. 1. 2. 12 podría explicarse en la búsqueda de presentar de manera más entendible el concepto de *persona,* que se emplea en el ámbito jurídico, a los estudiantes de derecho. Además, hay una diferencia en los verbos empleados en los textos en latín: en D. 1. 5. 2 es *constituere* (un verbo que se traduce como constituir),[245] en I. 1. 2. 12 se utilizó *statuere* (ordenar o promulgar),[246] contando este último verbo con menos fuerza que *constituere*.

De esta manera, se constata la centralidad del *homo* (ser humano) para el derecho, donde la *persona* era el resultado de la aplicación de

---

[244] I.1.2.12: "(...) *ac prius de personis videamus nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorantur*".

[245] "*Constituere*: To constitute, create a legal situation, relation or an obligatory binding (*servitutem, obligationem, dotem*, etc.)". BERGER, Voce *constituere, op. cit.*, pp. 409 y ss.

[246] "*Statuere.* To ordain, to enact *(e.g., lex, imperator statuit),* to settle by an agreement". BERGER, Voce *statuere,* op. cit., pp. 714 y ss.

las normas del sistema jurídico romano a los seres humanos para que ellos pudieran actuar en el ámbito jurídico.

IV. 2. Todos los homines *eran iguales según el* ius naturale*; las personas, no*

Por su naturaleza, *homines* eran los seres humanos libres y ontológicamente iguales. El derecho era el que estableció los supuestos en los que se perdía la libertad, según lo señalado por Florentino en D. 1. 5. 4. pr.: "Libertad es la natural facultad de hacer lo que place a cada cual, salvo si algo se prohíbe por la fuerza, o por el derecho".[247] Por ende, la fuerza o la violencia (*vis*) eran las que afectaban la libertad física y el derecho (*ius*) podía llevar a la pérdida jurídica de la libertad de un ser humano en determinados supuestos.

En las *Institutas* de Gayo, se afirmó que el derecho de las personas (*iure personarum*) comprendía a todos los seres humanos (*omnes homines*), cuya principal división era aquellos que eran libres y los esclavos (*servus, ancilla*) según en *Gai.* 1.9, lo que también fue establecido en el fragmento gayano de D. 1. 5. 3 y en I. 1. 3. pr.. De lo anteriormente mencionado se puede colegir que los seres humanos (*homines*) eran ontológicamente iguales, de allí que la distinción entre ellos sea el resultado de la aplicación de categorías jurídicas para determinar quiénes contaban o no con libertad.

Por su parte, Ulpiano sostuvo que todos los seres humanos (*homines*) eran iguales por *ius naturale* (derecho natural) y que la privación de la libertad se producía por aplicación del *ius civile* (derecho civil) en D. 50. 17. 32: "Por lo que atañe al derecho civil, los esclavos son considerados como si no fueran de nadie; mas no tam-

[247] D. 1. 5. 4. pr. (Florentinus libro IX Institutionum): "Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut iure prohibetur".

bién por derecho natural, porque por lo que atañe al derecho natural todos los hombres son iguales".[248] En esa misma línea, Florentino afirmó que la esclavitud fue establecida por el *ius gentium* y que ella iba contra la naturaleza de los seres humanos, que eran libres e iguales, en D. 1. 5. 4. 1: "La esclavitud es una constitución del derecho de gentes, por la que alguno está sujeto contra la naturaleza al dominio de otro".[249] De este modo, el *ius gentium* estableció la esclavitud como contraria a la naturaleza y los romanos entendieron que ésta era una institución del derecho común que se aplicaba a todos los seres humanos y los pueblos del *orbe terrrarum*.

Como señalaron Ulpiano y Florentino, la desigualdad entre los seres humanos proviene del derecho. Con relación a la esclavitud, institución del *ius gentium*, también tuvo una regulación en el *ius civile* de cada pueblo, lo que permitió establecer cuáles eran las causales que convertían en *servus* o en *ancilla* a un ser humano. Marciano precisó las causales de esclavitud en el siguiente fragmento del Digesto:

> D. 1. 5. 5. 1: "Pero los esclavos se reducen a nuestro dominio o por derecho civil, o por el de gentes. Por derecho civil, si alguno mayor de veinte años permitió ser vendido para participar del precio; por el derecho de gentes son esclavos nuestros, los que son cogidos de los enemigos, o los que nacen de nuestras esclavas".[250]

---

[248] D. 50. 17. 32 *(Ulpianus libro XLV ad Sabinum):"Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur; non tamen et iure natural, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt"*

[249] D. 1. 5. 4. 1 *(Florentinus libro IX Institutionum): "Servitus est constitutio iuris Gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur".*

[250] D. 1. 5. 5. 1 *(Marcianus libro I Institutionum):"Servi autem in dominium Nostrum rediguntur aut iure civili, aut gentium. Iure civili, si quis se maior viginti annis ad pretium participandum venire passus est; iure gentium servi nostri sunt, qui ab hostibus capiuntur atu qui ex ancillis nostris nascuntur".*

De lo anteriormente mencionado se constata que las causales de esclavitud fueron determinadas por el *ius gentium* como, por ejemplo, la captura de enemigos de guerra (*hostes*) o por nacimiento. A través de su derecho civil, cada pueblo estableció los supuestos en los que un ser humano libre se convertía en esclavo, entendiéndose como una sanción. En el derecho romano, se planteó que cuando se producía la venta de un ingenuo con su consentimiento con la finalidad de beneficiarse del precio obtenido, perdía su libertad como sanción. Asimismo, hubo otros supuestos en los que la pena aplicada era la esclavitud y el resultado era la *capitis deminutio máxima* que conllevaba la pérdida de la libertad (D. 4. 5. 11; I. 1. 16. 1).

A partir del análisis de las normas del *ius gentium* y del *ius civile* respectivamente, la *persona* contó con un tratamiento jurídico diferenciado, basado en su estado (*status*), lo que tuvo un impacto en los roles que podía desempeñar en el ámbito jurídico, así como en sus derechos, poderes y las obligaciones que podía contraer. Esta diferencia se aprecia, por ejemplo, en los muchos roles que pudo desempeñar el *paterfamilias* y, de otro lado, el esclavo (*servus*) o la esclava (*ancilla*), que eran muy limitados.

De esta manera, el *ius naturale* consideró a todos los seres humanos como iguales, y lo señalado por Gayo, Ulpiano y Florentino en el Digesto subrayó que la clasificación de los seres humanos en función de contar o no con libertad no era ontológica y provenía del ámbito jurídico (*ius gentium*, *ius civile*).[251]

De lo anteriormente mencionado, se puede concluir que *homo* y *persona* no eran sinónimos porque esta última fue el resultado de la aplicación del derecho, lo que generó la desigualdad jurídica de los seres humanos.

---

[251] BLANCH NOGUÉS, *Ius, op. cit*., pp. 15 y ss.; MÉNDEZ CHANG, *Del ius gentium, op. cit*., 464 ss.; MÉNDEZ CHANG, *Introducción, op. cit*., pp. 64 y ss.; STAGL, *De cómo*, *op. cit*., pp. 394 y ss.

IV. 3. Persona *era el* homo *en un estado*

Del estudio del título V *De Statu Hominum* (Del Estado de los Hombres) del libro I del Digesto, se puede inferir que *homo* era la realidad natural y, por ello, el término utilizado se refería al ser humano biológico, corpóreo y concreto. Por su parte, *persona* era "l'uomo proiettato nella dimensione giuridica", según Agnati,[252] lo que implicaba que podía actuar o desempeñar un rol en el mundo jurídico,[253] es decir, era el ser humano que contaba con derechos (*iure personarum*) y podía asumir obligaciones como consecuencia de su ubicación en uno o varios estados establecidos por el derecho romano, sin que su clasificación jurídica en éstos afectara su naturaleza humana. Por su clasificación en los estados (*libertatis, civitatis y familiae*), no todas las personas podían desempeñar los mismos roles ni contaban con los mismos derechos, poderes y obligaciones.

Para Gayo, *homo* se refería a los seres humanos como entes naturales, biológicos y físicos, independientemente de su situación jurídica, sean libres o estén privados de libertad como el esclavo (*servus*) o la esclava (*ancilla*)[254] y, se podría añadir, sin importar su pertenencia o no a determinado pueblo (*populus*), o a una familia. En D. 1. 5. 3 y en I. 1. 3. pr., se reproduce lo señalado en *Gai.* 1. 9 sobre la división de los seres humanos en libres y esclavos, subrayando la importancia

---

[252] AGNATI, "*Persona*", *op. cit*., pp. 4 y ss.

[253] AGNATI, "*Persona*", *op. cit*., pp. 4 y ss.; BERGER, Voce *persona, op*. *cit*., pp. 628 y ss; COSTA, *La condición, op. cit*., pp. 145 y ss; ESPINOZA ESPINOZA, J. (2001). *Derecho de las personas* (pp. 104 y ss). San Cristobal; LELL, *Perspectiva, op. cit*., pp. 329 y ss; TAFARO, *La centralità, op. cit*., pp. 11 y ss.

[254] No obstante, Oderigo negó que los esclavos hayan sido personas en el derecho romano. ODERIGO, M. N. (1982). *Sinopsis de Derecho Romano* (pp. 53 y ss). Depalma. Rinaldi discrepó de esta interpretación porque afirmó que la persona es el ser humano que es titular de derechos. RINALDI, *Manual, op. cit*., pp. 208 y ss.

de esta clasificación en el *status libertatis*. Debe tenerse presente que, aunque se haya sufrido la pérdida de la libertad, el *homo* sigue siendo un ser humano y, por ello, se encuentra en el estado de las personas. Además, el jurista no mencionó otro ente como *persona*.[255] Por ello, *persona* era el *genus* en la construcción gayana y, a través de los estados, se refirió a varias *species,* es decir, a los diversos roles que podía asumir a lo largo de su vida en el ámbito jurídico.[256] En consecuencia, si bien el ser humano (*homo*) era tal ontológicamente, requería contar con al menos un *status*[257] (estado) para ser *persona*.

De la revisión de las fuentes jurídicas romanas se identifican tres

[255] No obstante, algunos romanistas sostienen que existieron las personas jurídicas o atisbos de éstas en las fuentes jurídicas romanas. Como éste no es el tema central de esta investigación, no será analizado. Para revisar las posiciones sobre este interesante tema, véase: ALADASHVILI, *The Germ, op. cit*., pp. 15 y ss; BLANCH NOGUÉS, J. M. (2007), Sobre la personalidad jurídica de las "fundaciones" en Derecho Romano. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (16), 9 y ss; CATALANO, P. (1974). *Populus Romanus Quirites*. Giappichelli; GUZMÁN BRITO, A. (2012). *Los orígenes de la noción de sujeto de derecho.* Temis; LELL, *Perspectiva, op. cit*., pp. 310 y ss; ODERIGO, *Sinopsis, op. cit*., pp. 58 y ss; ORESTANO, R. (1978). *Azione Diritti Soggettivi Persone Giuridiche: Scienza del Diritto e Storia.* Il Mulino; ORESTANO, R. (1968). *Il Problema Delle Persone Giuridiche in Diritto Romano*. Giappichelli.

[256] AGNATI, "*Persona*", *op. cit*., pp. 13 y ss. Sin embargo, Stagl discrepa que *persona* sea *genus* porque ésta sería el sujeto de derechos. STAGL, *De cómo*, *op. cit*., pp. 389 y ss.

[257] *Status* era la situación legal o condición jurídica de un ser humano. BERGER, Voce *status, op. cit*., pp. 714 y ss; ERNOUT & MEILLET, Voce *status, op. cit*., pp. 652 y ss. Véase también AGNATI, "*Persona*", *op. cit*., pp. 14 y ss; RINALDI, *Manual, op. cit*., pp. 209 y ss; RUSSOMANO, M. C. (1970). *Curso de Instituciones de Derecho Romano* (pp. 15 y ss). Abeledo Perrot; STAGL, *De cómo*, *op. cit*., pp. 389 y ss.

estados (*libertatis, civitatis y familiae*),[258] que eran determinados por el derecho romano y la clasificación de cada ser humano en éstos le permitía desempeñar un rol y actuar en el ámbito jurídico, de conformidad con el conjunto de derechos y poderes con los que contaba, así como en atención a las obligaciones que asumía. Asimismo, los estados que tenía un ser humano podían cambiar a lo largo de su vida debido a que las normas jurídicas establecían supuestos que afectaban los estados y llevaban a que se produzca su modificación jurídica: por ejemplo, la mujer libre que recibía una sanción que la convertía en esclava o la hacía perder la ciudadanía romana (*Gai.* 1. 89, D. 1. 5. 5. 2). El cambio en alguno de los estados de un *homo* se denominaba *capitis deminutio*, según D. 4. 5. 1: "La disminución de cabeza es la variación de estado".[259]

Como se señaló anteriormente, el *status libertatis* dividió a los seres humanos según contaban o no con libertad y los clasificó en libres (ingenuos o libertos, según D. 1.5. 5. pr.)[260] y esclavos (*Gai.* 1. 9, *Gai.*1. 10,[261] D. 1. 5. 3). Al referirse a todos los seres humanos (*omnes homines aut liberi sunt aut servi*) en este planteamiento gayano, se confirmó que tanto los libres como el esclavo (*servus*) y la esclava (*ancilla*) eran *homines* y que el sistema jurídico romano establecía quiénes eran ingenuos, libertos o esclavos en aplicación de las normas del *ius gentium* y del *ius civile* correspondientes (D. 1. 5. 4. 1, D. 1. 5. 5. 1, D. 50. 17. 32).

---

[258] RINALDI, *Manual, op. cit*., pp. 209 y ss; RUSSOMANO, *Curso, op. cit*., pp. 15 y ss.

[259] D. 4. 5. 1 (*Gaius libro IV ad Edictum provinciale*): "*Capitis minutio est status permutatio".*

[260] D. 1. 5. 5. pr. (*Marcianus libro I Institutionum*): "… mas, de los hombres los libres, algunos son ingenuos y otros son libertinos" ("*… liberorum autem hominum quidam ingenui sunt, quidam libertini"*).

[261] *Gai.* 1. 10: "Entre los hombres libres unos son ingenuos y otros libertinos" ("*Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini*").

En cuanto al *status civitatis*, clasificó a los seres humanos según tengan o no la ciudadanía romana. De allí que se identificaron los ciudadanos romanos (*cives Romanorum*) y aquellos que no lo eran, que agrupaban a *latinus, peregrinus, hostis,* el esclavo, entre otros. Al revisar las *Institutas* de Gayo, se constata que se establecieron con detalle cuáles eran las consecuencias de las uniones matrimoniales o no matrimoniales entre romanos y extranjeros (*Gai.* 1.66 y siguientes). Sin embargo, esta regulación cambió con la *Constitutio antoniniana* del año 212 d. C., promulgada por el emperador Antonino Caracalla, que estableció la concesión general de ciudadanía romana, siendo considerados *cives Romanorum* los habitantes libres del Imperio, exceptuándose los latinos aelianos y los latinos junianos, que estaban regulados por la *lex Aelia Sentia* y la *lex Junia Norbana* respectivamente.[262] Posteriormente, en D. 1. 5. 17 se estableció lo siguiente: "Los que están en el orbe romano, se hicieron ciudadanos romanos por una Constitución del emperador Antonino."[263] De esta manera, se

[262] Sobre la *Constitutio Antoniniana* y sus efectos, véase: LICANDRO, L. (2020). La *Constitutio Antoniniana* del 212 D.C. e il paradigma urbano. Una "diversa" lettura di P. Giessen 40. I. *Annvario Scvola Archeologica di Atene e delle Missione Italiane in Oriente*, (XCVIII), 467 y ss; 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 BARBULESCU, M. et al. (Eds). *La cittadinanza tra impero, stati nazionali ed Europa, Studi promossi per il MDCCC anniversario della constitutio Antoniniana* (pp. 103 y ss). L'Erma di Bretschneider; MASTINO, A. (2013). *Constitutio Antoniniana*: la politica della cittadinanza di un imperatore africano. *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, (CVII), 37 y ss; MÉNDEZ CHANG, E. (2023). La *Constitutio Antoniniana* del 212 d. C. y sus consecuencias jurídicas. En ÁLVAREZ, M. B. (Ed.). *Estudios sobre Principios Generales y Derecho Romano. Vol. 2* (pp. 38 y ss). Editorial de la Universidad de Flores.

[263] D.1.5.17 (*Ulpianus libro XXII ad Edictum):* «*In orbe Romano qui sunt, ex Constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt.*»

derogaron las excepciones que contenía la *Constitutio Antoniniana* y, en consecuencia, esta concesión de ciudadanía romana general fue amplia y se aplicó a los habitantes libres del imperio romano.[264]

El *status familiae* estableció que los seres humanos se clasificaban en aquellos que eran independientes (*sui iuris*) y quienes estaban bajo el poder de otro (*alieni iuris*) según Gayo (*Gai.* 1. 48;[265] *Gai.* 1. 49;[266] D. 1. 6. 1. pr.[267]). Entre quienes dependían (*alieni iuris*) de un *sui iuris,* se encontraban los descendientes matrimoniales o adoptivos, quienes estaban bajo la patria potestad de su *paterfamilias* (*Gai*. 1. 97,[268] D. 1.

---

[264] LICANDRO, *La Constitutio, op. cit*., pp. 467 y ss.; LOBRANO, *La constitutio, op. cit*., pp. 103 y ss.; MASTINO, *op. cit*., pp. 37 y ss.; MÉNDEZ CHANG, La *Constitutio, op. cit*., pp. 50 y ss.

[265] *Gai.* 1. 48: "Sigue otra división del derecho de personas; pues éstas son unas independientes (*sui juris*), otras dependientes de alguna (*aliena jure subjectae*)" ("*Sequitur de iure personarum alia divisio, nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri sunt subiectae*").

[266] *Gai.* 1. 49: "Entre las personas que dependen de otras, unas están sometidas a la potestad (*in potestate sunt*), otras al poder (*in manu*), otras en fin, al *mancipio* (*in mancipio*)" ("*Sed rursus earum personarum, quae alieno inri subiectae suno, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt"*).

[267] D. 1. 6. 1. pr (*Gaius libro I Institutionum*): "Síguese otra división en el derecho respecto a las personas, porque unas personas son dueñas de sí mismas *(sui iuris),* y otras están sujetas a ajena potestad *(alieni iuris)*" ("*De iure personarum alia divisio sequitur, quod queadam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuris subjectae sunt. Videamus itaque de his, quae alieno iuri subjectae sunt; nam si cognoverimus, quae istae personae sunt, simul intelligemus, quae sui iuris sunt; dispiciamus itque de his, quae in aliena potestate sunt".*

[268] *Gai*. 1. 97: "No solamente están sujetos a nuestra potestad los hijos naturales, según hemos dicho antes, sino también los adoptivos" ("*Non solum autem naturales liberi, secunclum ea, quae diximus; in potestate nostra sunt, uerum etiam hi, quos adoptamus*").

6. 3[269]), las mujeres casadas sometidas a la *manus* o poder marital por haber contraído justas nupcias (*Gai*. 1.109),[270] así como los esclavos (*Gai*. 1. 52,[271] D. 1. 6. 1. 1[272]), quienes estaban sometidos a la *dominica potestas* de su señor (*dominus*).

En atención a la clasificación de los seres humanos (*homines*) en los estados (*libertatis, civitatis, familiae*), había una diferencia en los roles que podían desempeñar en el ámbito jurídico, pero no afectaban su naturaleza ni su existencia como tales. Por ello, los varones

---

[269] D. 1. 6. 3 (*Gaius libro I Institutionum*): "También están en nuestra potestad nuestros hijos (*liberi*), que hubiéremos procreado de justas nupcias; cuyo derecho es propio de los ciudadanos romanos" ("*Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreaverimus; quod proprium civium Romanorum est*").

[270] *Gai*. 1. 109: "Las mujeres y los hombres pueden igualmente estar sometidos a la potestad de otro, pero al poder (*in manu*) solamente llegan a estar sujetas las mujeres" ("*Sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent: in manum autem feminae tantum conueniunt*").

[271] *Gai*. 1. 52: "Bajo la potestad dominical están los esclavos. Esta potestad es de derecho de gentes, pues podemos observar igualmente entre todas las naciones que los dueños tienen derecho de vida y muerte sobre los esclavos, y que todo lo que se adquiere por el esclavo es para el dueño" ("*In potestate itaque sunt servi dominorum, quae quidem potestas iuris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem esse, et quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur*").

[272] D. 1. 6. 1. 1 (*Gaius libro I Institutionum*): "Así, pues, los esclavos están en la potestad de sus señores. Cuya potestad es ciertamente de derecho de gentes; porque en todas las gentes podemos observar igualmente, que los señores tuvieron potestad de vida y muerte sobre los esclavos; y todo lo que se adquiere por medio del esclavo, se adquiere para el señor" ("*Igitur in potestate sunt servi dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est; nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, domini in servos vitae necisque potestatem fuisse; et quodcunque per servum acquiritur, id domino acquiritur*").

que eran libres, ciudadanos romanos (*cives Romanorum*) y *sui iuris* podían contar plenamente con derechos y poderes para participar ampliamente en el sistema jurídico romano; de allí que Stagl[273] afirme que el *paterfamilias* era entendido como *persona* en el sentido actual del término por alcanzar plenamente el goce y ejercicio de sus derechos y poderes en el derecho romano.

A modo de conclusión, *homo* era el ser humano, una realidad biológica y material, no era un ente abstracto ni ficticio.[274] Por su parte, *persona* no buscó afectar, minimizar ni, menos aún, negar la humanidad del individuo. Por el contrario, estaba íntimamente ligada a *homo* porque *persona* era el ser humano que actuaba y, para ello, debía estar ubicado en, por lo menos, un *status* (estado),[275] que estaba regulado por el derecho romano.

V. La mujer, el esclavo, la esclava y el concebido como *homo* y *persona*

En la medida que *persona* era el ser humano (*homo*) ubicado en, al menos, un estado, a continuación, se analizará la situación de la mujer, el esclavo, la esclava y el concebido para determinar si eran personas en el derecho romano.

---

[273] STAGL, *De cómo*, *op. cit.*, pp. 384 y ss.

[274] Se cuestiona que el derecho romano haya asumido una posición abstracta sobre la persona. Véase VON SAVIGNY, F. K. (1978). *Sistema Del Derecho Romano Actual* (pp. 272 y ss.). Vol. 1. Fondo de la Universidad de Sevilla, y KELSEN, H. (1973). *Teoría Pura del Derecho* (pp. 126 y ss). Losada.

[275] GAYOSSO Y NAVARRETE, *Persona, op. cit.*, pp. 51 y ss.; LELL, *Perspectiva, op. cit.*, pp. 318 y ss.

V. 1. La mujer

La mujer era considerada como ser humano (*homo*) y, a continuación, se presentará en qué estados (*libertatis, civitatis* y *familiae*) estaba clasificada en el derecho romano.

En aplicación de lo señalado en *Gai.* 1. 9, D. 1. 5. 3 y I. 1. 3. pr., la mujer podía estar clasificada en el *status libertatis* como libre o esclava (*ancilla*) y se le aplicaban las normas correspondientes al *servus* (D. 50. 16. 40. 1 y D. 50. 16. 101. 3).

Con relación al *status civitatis,* se admitió expresamente que las mujeres eran ciudadanas romanas en *Gai.* 1. 55: "Los ciudadanos romanos tienen dependientes de su autoridad (*potestas*) a los hijos, ya escogieren por esposas ciudadanas romanas".[276] Posteriormente, el Digesto también admitió que las mujeres que pertenecían al *populus Romanus* eran ciudadanas romanas, añadiendo que podían ser *sui iuris* o *alieni iuris*, en atención a si dependían o no de otra persona:

> D. 1. 6. 4: "Porque de los ciudadanos romanos algunos son padres de familia, otros hijos de familia, algunas madres de familia, otras hijas de familia. Son padres de familia, los que son de su propia potestad, ya púberes, ya impúberes; del mismo modo las madres de familia. Son hijos e hijas de familia, los que están en ajena potestad".[277]

A partir de este fragmento de Ulpiano se puede afirmar que las

---

[276] *Gai.* 1. 56: "*Habent autem in potestate liberos cives Romani si cives Romanas uxores duxerint*".

[277] D. 1. 6. 4 (*Ulpianus libro I Institutionum*): "*Nam civium Romanorum quidam sunt patresfamiliarum, alii filiifamiliarum, quaedam matresfamiliarum, quaedam filiae familiarum. Patresfamiliarum sunt, qui sunt suae potestatis, sive puberes sive impuberes; simili modo matresfamiliarum. Filiifamiliarum et filiae, quae sunt in aliena potestat*".

mujeres, independientemente de que estén sometidas o no al poder de un varón, eran ciudadanas romanas. Asimismo, se refiere al *status familiae* de la mujer porque, si bien la *materfamilias* (*sui iuris* según D.1.6.4) no estaba bajo el poder de un *paterfamilias,* su situación jurídica era distinta a la del último porque "la mujer es cabeza y fin de su propia familia" (D. 50. 16. 195. 5)[278] al no poder ejercer la patria potestad sobre sus descendientes (*Gai.* 1. 104; C. 8. 48. 5; I. 1. 11. 10).

No obstante, el empleo de las palabras *femina* y *mulier* en las fuentes romanas para referirse a las normas aplicables exclusivamente a la mujer buscó distinguirla del varón porque se consideraba que ella requería contar con protección jurídica adicional por su ligereza (*animi levitatem*), su falta de ponderación o por la relativa imperfección propia del sexo femenino (*infirmitas sexus*).[279] Todo ello llevó a que la mujer tuviera importantes límites en el ámbito jurídico. Por consiguiente, las mujeres, aunque fueran *sui iuris*, no contaron con los mismos derechos o poderes de un varón *sui iuris* o un *paterfamilias*.

Esta concepción de la mujer como un ser humano vulnerable que requiere protección jurídica llevó a que se le otorgara una tutela perpetua en la Ley de las XII Tablas (*Tab*. V. 1)[280] y en las *Institutas*

---

[278] D. 50. 16. 195. 5 (*Ulpianus libro XLVI ad Edictum*): "*Mulier autem familiae suae et caput, et finis est".*

[279] DOMÍNGUEZ, *La mulier, op. cit.* pp. 596 y ss; MÉNDEZ CHANG, *Algunas reflexiones, op. cit*., pp. 49 y ss; THOMAS, Y. (1993). *La diferencia de los sexos en el derecho romano*. En DUBY, G., & PERROT, M. (Eds.). *Historia de las mujeres en occidente. La Antigüedad.* (pp. 115 y ss). Taurus.

[280] *Tab*. V. 1: "Los antiguos… quisieron que las mujeres, aun habiendo alcanzado la mayoría de edad… estén bajo tutela; excepto las vírgenes Vestales…" ("*Veteres… voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint… in tutela esse... exceptis virginibus Vestalibus, quas… liberas esse voluerunt ...*").

de Gayo (*Gai.* 1. 144),[281] la cual se mantuvo durante muchos siglos. En el siglo VI d. C., el emperador Justiniano I eliminó la tutela perpetua de las mujeres porque afirmó que ellas salían de ésta a los 12 años al llegar a la pubertad (I. 1. 22. pr.).[282] De otro lado, se afirmó que la tutela era un oficio ejercido por varones (*virile officium, munus masculorum*) según D. 26. 1. 16. pr.[283] y, por ello, excepcionalmente las mujeres podían ejercer la tutela sobre sus hijos (D. 26. 1. 18).[284] Asimismo, la mujer estuvo excluida de la participación política y pública desde los primeros años de Roma y esta prohibición se mantuvo en el tiempo. Por ello, la mujer no pudo ejercer un cargo

[281] *Gai*. 1. 144: "Los ascendientes pueden dar en su testamento tutores a los descendientes que tienen bajo su potestad: a los impúberos de sexo masculino y a las impúberas o púberas, incluso casadas, del sexo femenino. Pues los antiguos quisieron que las mujeres ya mayores de edad estén en tutela por razón de su ligereza" ("*Permissum est itaque parentibus liberis, quos in potestate sua habent, testamento tutores dare: masculini quidem sexus impuberibus, feminini vero impuberibus puberisbusque, vul cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse*").

[282] I. 1. 22. pr.: "Los pupilos y las pupilas, cuando han comenzado a ser púberes, se libran de la tutela. (…) dejando sin alteración la bien establecida norma de la antigüedad respecto a las hembras, de que sean consideradas núbiles después de haber cumplido el duodécimo año" ("*Pupilli pupillaeque, quum puberes esse coeperint, tutela liberantur.* [...] *antiquitatis normam in feminis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantus*".

[283] D. 26. 1. 16. pr (*Gaius libro XII ad Edictum provinciale*): "La tutela es las más de las veces oficio viril" ("*Tutela plerumque virile officium est*").

[284] D. 26. 1. 18 (*Neratius libro III Regularum*): "Las mujeres no pueden ser nombradas tutoras, porque este cargo es de hombres, a no ser que especialmente le pidan al Príncipe la tutela de los hijos" ("*Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a Principe filiorum tutelam specialiter postulent*").

público u oficio civil, no pudo votar en las asambleas populares,[285] no pudo ser jueza ni procuradora (D. 50. 17. 2. pr.)[286] ni árbitro, a pesar de que tuviera una alta reputación (C. 2. 56. 6).[287] Pese a que el desarrollo social e histórico en Roma permitió que la mujer adquiriera paulatinamente una mayor presencia en el ámbito jurídico y pudiera contar con más derechos y asumir obligaciones en el derecho romano, no fue considerada jurídicamente igual al varón,[288]

---

[285] LÓPEZ GUETO, *Mujer, op. cit*., pp. 12 y ss.

[286] D. 50. 17. 2. pr (*Ulpianus libro I ad Sabinum*): "Las mujeres están excluidas de todos los oficios civiles o públicos; y por esto no pueden ser jueces, ni desempeñar la magistratura, ni postular, ni intervenir por otro, ni ser procuradores" ("*Feminae ab omnibus officiis civilibus, vel publicis remotae sunt; et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere*").

[287] C. 2. 56. 6: "Mandamos que, acordándose las mujeres de su decoro y de las funciones que la naturaleza les permitió, así como de las que les mandó abstenerse, se separen de toda contienda judicial, aun cuando gozando de la más alta y de la mejor reputación hubieren aceptado un arbitraje, o aunque, si fueren patronas, hubieren interpuesto en conocimiento arbitral entre sus libertos, de suerte que en virtud de su elección se considere nula la pena, y nula la excepción de pacto contra los que con justicia las desacatan" ("*Sancimus, mulieres suae pudicitiae memores et operum, quae eis natura permisit, et a quibus eas iussit abstinere, licet summae atque optimae opiniones constitutae in se arbitrium susceperint, vel, si fuerint patronae, etiamsi inter libertos suam interposuerint audientiam, ab omni iudiciali agmine separari, ut ex earum electione nulla poena, nulla pacti exceptio adversus iustos earum contemtores habeatur*").

[288] MOLINA BARZOLA et al., *Continuidades, op. cit*., pp. 103 y ss. Sobre la evolución de la situación de la mujer en el derecho romano, véase: BEAUCAMP, J. (1976). Le vocabulaire de la faiblesse fémenine dans les textes juridiques romains du III au VI siècle. *Revue Historique de Droit Français et Étranger, LIV*(4), pp. 485 y ss; BENGOOCHEA JOVE, *La historia*, *op. cit*., pp. 241 y ss; GONZÁLEZ GUTIÉRREZ,

lo que se expresa claramente en D. 1. 5. 9: "En muchos artículos de nuestro derecho, es peor la condición de las hembras, que la de los varones". De este modo, se afirmó que las mujeres contaron con derechos y obligaciones en el derecho romano, pero su situación jurídica fue siempre menos ventajosa, más limitada y con menor independencia que los varones.

En el ámbito criminal, la mujer pudo ser procesada y, de ser el caso, condenada por ser autora o cómplice de un crimen como el adulterio (D. 48. 5. 6. 1),[289] el incesto (D. 48. 5. 38. pr.),[290] el estupro (D. 48. 5. 10. 1),[291] el aborto (D. 48. 8. 8)[292] o por matar a su hijo o hija (D. 48. 9. 1).[293]

P. (2018). La Voz Negada: Discursos sobre la palabra y el silencio de la mujer en el mundo clásico. *Cuadernos de Historia*, (48), 9 y ss; IRIGOYEN TROCONIS, M. P. (2009). Literatos y juristas escriben sobre mujeres romanas. En CUEVAS GAYOSSO, J. L. (Comp.). *Estudios en homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete* (pp. 149 y ss). Universidad Veracruzana; MÉNDEZ CHANG, *Algunas reflexiones*, *op. cit*., pp. 45 y ss.

[289] D. 48. 5. 6. 1 (*Papinianus libro I de Adulteriis*): "… propiamente se comete adulterio en mujer casada…" ("*... sed proprie adulterium in nupta committitur...*").

[290] D. 48. 5. 38. pr (*Papinianus libro XXXVI Quaestionum*): "Si se cometiera adulterio con incesto, por ejemplo, con la hijastra, la nuera, ó la madrastra, la mujer será igualmente condenada; porque esto sucedería también prescindiéndose del adulterio" ("*Si adulterium cum incesto committatur, utputa cum privigna, nuru, noverca, mulier similiter quoque punietur; id enim remoto etiam adulterio eveniret*").

[291] D. 48. 5. 10. 1 (*Papinianus libro II de Adulteriis*): "Por este capítulo de la ley son responsables también las mujeres, porque hubieron facilitado casa, ó porque recibieron alguna cosa por el estupro que se descubrió" ("*Mulieres quoque hoc capite legis, quod domum praebuerunt, vel pro comperto stupro aliquid acceperunt, tenentur*").

[292] D. 48. 8. 8 (*Ulpianus libro XXXIII ad Edictum*): "Si constare que una mujer se hizo violencia en sus entrañas para abortar, el Presidente de la provincia la mandará a destierro" ("*Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium Praeses provinciae exiget*").

[293] D. 48. 9. 1 (*Marcianus libro XIV Institutionum*): "Se dispone en la ley Pompeya

De lo anteriormente mencionado, se concluye que la mujer era un ser humano (*homo*) y estaba clasificada en los estados *libertatis, civitatis* y *familiae*; en consecuencia, era *persona* en el derecho romano.

*V. 2. El esclavo (*servus*) y la esclava (*ancilla*)*

Con relación al esclavo (*servus*) y la esclava (*ancilla*), es menester tener en cuenta que eran *homines* (seres humanos), aunque también eran considerados como cosa (*res*) corpórea (*Gai.* 2. 13, D. 1. 8. 1. 1), sin que esto afectara su naturaleza humana en el derecho romano.

Como sostuvo Gayo (*Gai.* 1. 9), *homo* se refiere al ser humano como ente natural, biológico y físico, independientemente de su situación jurídica, sea libre o esté privado de libertad como el esclavo (*servus*) o la esclava (*ancilla*). Además, se encontraban clasificados en los tres estados antes mencionados: como esclavos en el *status libertatis* (*Gai.* 1. 9, D. 1. 5. 3) porque estaban privados de libertad; como no ciudadanos romanos en el *status civitatis* por carecer de ella; y como *alieni iuris* por estar sometidos a la *dominica potestas* de su señor (*dominus*) en el *status familiae* (*Gai*. 1. 52, D. 1. 6. 1. 1). Asimismo, los esclavos pudieron asumir varios roles como administrar un peculio (D. 15. 1. 4. pr.),[294] estipular cuando así lo

---

sobre los parricidios que, si alguno hubiere matado a su padre, madre, abuelo, abuela… esté sujeto a la pena de la ley Cornelia, que hay sobre los sicarios. Pero también la madre, que hubiere matado a su hijo o a su hija, es castigada con la pena de esta ley" ("*Lege Pompeia de parricidiis cavetur, ut si quis patrem, matrem, avum, aviam... ut poena ea teneatur, quae est legis Corneliae de sicariis. Sed et mater, quae filium filiamve occedirit, eius legis poena afficitur*".

[294] D. 15. 1. 4. pr (*Pomponius libro VII ad Sabinum*): "Es del peculio no aquello de que el esclavo hubiere tenido cuenta separadamente del señor, sino lo que el mismo señor hubiere separado, apartando la cuenta del esclavo de la suma total" ("*Peculii*

ha establecido su señor (D. 45. 3. 13;[295] I. 3. 17. pr.[296]) e incluso realizar votos religiosos,[297] entre otros.

Por ser *homo* (ser humano), el esclavo era protegido y se rechazó que sea abandonado cuando estaba enfermo (D. 40. 8. 2),[298] así como la crueldad excesiva y el maltrato de los señores (*Gai.* 1. 53,[299] D. 1. 6. 2[300]), contando con un tratamiento jurídico tuitivo por

---

est non id, cuius servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit suma servi rationem discernens").

[295] D. 45. 3. 13 (*Ulpianus libro XLVIII ad Sabinum*): "pues cuando el esclavo estipula para su señor o para un extraño, son válidas una y otra cosa" ("*quum enim stipultur domino aut extraneo servus, utrumque consistat*").

[296] I. 3. 17. pr: "El esclavo tiene por la persona de su señor el derecho de estipular" ("*Servus ex persona domini ius stipulandi habet*").

[297] TAFARO, *La centralità, op. cit*., pp. 27 y ss. Para Stagl, como el esclavo solamente puede hacer aquello que se le ordena, es objeto de derecho. STAGL, *De cómo*, *op. cit*., pp. 379 y ss.

[298] D. 40. 8. 2 (*Modestinus libro VI Regularum*): "Al esclavo, a quien el señor tuvo por abandonado por causa de grave enfermedad, le compete la libertad en virtud del Edicto del Divino Claudio" ("*Servo, quem pro derelicto dominus ob gravem infirmitatem habuit, ex Edicto Divi Claudii competit libertas*").

[299] *Gai.* 1. 53: "Mas ya en estos tiempos no es lícito a los ciudadanos romanos, ni a súbdito alguno del Imperio, ensañarse con exceso y sin razón en sus esclavos (...) porque según una constitución del emperador Antonino (...) reprime también el mal trato de los señores" ("*Sed hoc tempore neque ciuibus Romanis, nec ullis aliis hominibus, qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in seruos suos saevire. Nam ex constituionem sacratissimi Imperatoris Antonini* [...] *Sed et mayor quoque asperitas dominorum per eiusdem Principis constitutionem coercetur*").

[300] D. 1. 6. 2 (*Ulpianus libro VIII de officio Proconsulis*): "(...) si hubieres conocido que o han sido tratados más duramente que lo que es equitativo, o que se les ha inferido una injuria infame, manda que sean vendidos" "([...] *si vel durius habitos, quam aequum est, vel infami iniuria affectos cognoveris, veniri iube*)".

consideraciones a su humanidad. Asimismo, cuando una esclava dada en usufructo daba a luz un hijo o una hija (*partus ancillae*) no era considerado fruto (*fructu*) por tener naturaleza humana y, por lo tanto, no era percibido por el usufructuario (D. 22. 1. 28. 1, I. 2. 1. 37).

A partir de la revisión de las fuentes jurídicas romanas, se ha constatado que el esclavo y la esclava eran seres humanos (*homines*) y *persona* porque estaban clasificados en los estados de libertad, ciudadanía y familia, pudiendo desempeñar algunos roles en el derecho romano.

*V. 3. El concebido (*qui in utero est*)*

En cuanto al concebido, se debe establecer, en primer lugar, si era considerado un ser humano para determinar si estaba ubicado en un *status* y, por consiguiente, era una *persona*.

Los fragmentos de Paulo, Juliano y Celso en el *Digesto* establecen claramente que el concebido (*qui in utero est*) era considerado ontológicamente como un ser humano, como se puede apreciar en D. 1. 5. 7 ("El que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviese entre las cosas humanas"),[301] D. 1. 5. 26 ("Los que están en el útero, se entiende en casi todo el derecho civil que existen en la naturaleza")[302] y D. 38. 16. 7 ("… se estima que el concebido existe en cierto modo").[303] Los juristas afirmaron la existencia del concebido en la naturaleza, precisaron que era un ser humano y que

301 D. 1. 5. 7 (*Paulus libro singulari de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur*): "*Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset*".

302 D. 1. 5. 26 (*Iulianus libro LXIX Digestorum*): "*Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse*".

303 D. 38. 16. 7 (*Celso libro XXVIII Digestorum*): "*... quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*".

era considerado como tal en el *ius civile*. Por ello, Catalano sostiene la paridad ontológica entre concebido (*qui in utero est*) y el nacido como ser humano[304] en el derecho romano.

Además de entender al concebido como un ser humano, en el Código de Justiniano se estableció que era *persona*:

> C. 3. 28. 30. 1: "*El Emperador Justiniano, Augusto, a Menna, Prefecto de Pretorio*: Más si hubieren preterido a alguna persona (*personam*) de éstas, nacida ya, ó concebida ciertamente antes del testamento, aunque contenida todavía en el vientre, ó si nada absolutamente le hubieren dejado habiendo hecho su desheredación u otra mención de las mismas, mandamos que entonces tengan su lugar las antiguas leyes, sin que haya de admitirse apoyándose en la presente ley ninguna innovación o alteración".[305]

En esta constitución imperial se señaló claramente que el concebido era una *persona* porque ontológicamente era un ser humano, aunque no necesariamente tenía los mismos derechos que un nacido. Para determinar la fundamentación de la afirmación de que

---

[304] CATALANO, *Observaciones*, *op. cit*., p. 141. En la misma línea, CASTÁN VÁZQUEZ, J. M. (1995). La recepción en las codificaciones americanas de la tradición romana justinianea sobre el comienzo de la existencia humana. En *La persona en el sistema jurídico latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un Código civil tipo en material de personas* (pp. 170 y ss). Universidad del Externado; COSTA, J. C. (2014). La persona por nacer en Roma. El tema en la actualidad. *Revista In Iure, IV* (2), 35 y ss.

[305] C. 3. 28. 30. 1: "*Imp. Iustinianus A. Mennae P. P.: Sin vero praeterierint aliquam eorum personam ian natam vel ante testamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre constitutam, vel exheredatione vel alia eorum mentione facta nihil eis penitus reliquerint, tuuc vetera iura locum habere sancimus, nullam ex praesente promulgatione novationem vel permutationem acceptura".*

el concebido era *persona* en C. 3. 28. 30. 1 es necesario analizar si estaba ubicado en algún *status*.

En primer lugar, se abordará el *status libertatis* y, al respecto, se constata que el concebido también estaba clasificado como libre o esclavo en atención a la situación de la madre en las *Institutas* de Gayo:

> *Gai.* 1. 89: "En cuanto a la disposición de que sea libre el hijo concebido por una esclava a consecuencia de trato con un ciudadano romano, siempre que el parto ocurra después de manumitida la madre, se funda en la razón natural; porque el estado de los hijos, cuya concepción es legítima, se determina por la época en que acaece el nacimiento: por consiguiente, si nacen de una madre libre, ellos son libres, sin que importe nada que la madre cuando los concibió fuese esclava. Por el contrario, los hijos concebidos legítimamente adquieren su estado conforme al tiempo en que se verificó la concepción".[306]

De conformidad con lo señalado por Gayo, la situación de la madre es la que determina si el hijo nace libre (ingenuo) o esclavo porque la libertad que ella obtenga será transmitida al hijo y lo beneficiará para efectos de clasificarlo en el *status libertatis*. Al respecto, deben notarse dos cuestiones relevantes: en primer lugar, Gayo llama "hijo" al concebido, subrayando que es un ser humano, individual e independiente de la madre gestante. En segundo lugar, el jurista establece dos momentos claves para establecer cuál es el estado de este hijo concebido: la concepción y el alumbramiento, que deberán ser analizados para efectos de determinar si *qui in utero est* nace ingenuo o esclavo.

---

[306] *Gai.* 1. 89: "*Quod autem placuit, si ancilla ex cive Romano conceperit, deinde manumissa pepererit, qui nascitur liberum nasci, naturali ratione dit. Nam hi qui illegitime concipiuntur, statum summunt ex eo tempore, quo nascuntur: itaque si ex liberta nascuntur, liberi fiunt, nec interest, ex quo mater oes conceperit, cum ancilla fuerit. At hi, qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum summunt*".

En el *Corpus Iuris Civilis,* esta regla se vuelve más clara y amplia con la finalidad de otorgar la libertad al concebido para que nazca ingenuo en aplicación del *favor libertatis*, como fue establecida en el fragmento de Marciano en D. 1. 5. 5. 2 y en I. 1. 4. pr.:[307]

> D. 1. 5. 5. 2: "Son ingenuos, los que nacieron de madre libre; porque basta que haya sido libre al tiempo en que nace, aunque hubiese concebido esclava; y, por el contrario, si hubiese concebido libre y después pariese esclava, plugo que el que nace, nazca libre. Y no importa si concibió en justas nupcias, o del vulgo, porque la calamidad de la madre no debe perjudicar al que está en el vientre".[308]

En D. 1. 5. 5. 2 e I. 1. 4. pr. la regla aplicable para clasificar al concebido (*qui in utero est*) en el *status libertatis* era muy beneficiosa: ser libre o esclavo dependía de la situación de su madre, y se tomaba en cuenta el período que va desde la concepción hasta el parto, mejorando lo señalado en *Gai.* 1. 89. Si la madre había sido libre en algún momento desde la concepción hasta el alumbramiento, la

---

[307] I. 1. 4. pr.: "(…) Mas basta que la madre haya sido libre al tiempo en que nace, aunque hubiere concebido esclava. Y, por el contrario, si hubiera concebido libre y pariese después hecha esclava, plugo que el concebido que naciera libre [*sic*], porque la desgracia de la madre no debe perjudicar al que está en el útero" "([…] *Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et e contrario, si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit, eum, qui nascitur, liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in utero est*)".

[308] D. 1. 5. 5. 2 (*Marcianus libro I Institutionum*): "*Ingenui sunt, qui ex matre libera nati sunt; sufficit enim liberam fuisse eo tempore, quo nascitur, licet ancilla concepit; et e contrario si libera conceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum, qui nascitur, liberum nasci. Nec interest, iustis nuptiis concepit, an vulgo, quia non debet calamitas matris nocere ei, qui in ventre est".*

libertad de ésta beneficiaba al concebido. Además, como realidad ontológica distinta de la madre, el concebido que era libre no se veía afectado por un posible cambio futuro del estado de su progenitora. De allí que si la madre se volvía esclava por alguna de las causales previstas en el *ius gentium* o el *ius civile*, el concebido no se convertía esclavo y nacía ingenuo, conservando la libertad que le fue transmitida por la madre. La justificación de favorecer al concebido con la libertad en el fragmento de Marciano se expresó claramente en *non debet calamitas matris nocere ei, qui in ventre est* para no perjudicar al concebido de lo que suceda con su madre. Afirmar que no se podía perjudicar al concebido con lo negativo que afectara a la madre resultó congruente con lo señalado por el jurista Paulo en D.1.5.7: "El que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviese entre las cosas humanas, siempre que se trate de las conveniencias de su propio parto, aunque, antes de nacer, en manera ninguna favorezca a un tercero".[309] Al respecto, Paulo afirmó que al concebido se le brindaba solamente aquello que lo beneficiaba o que le era ventajoso (*commodum*), excluyéndolo de lo que resultaba negativo o nocivo.

En cuanto al *status civitatis,* el concebido también se encontraba clasificado en las *Institutas* de Gayo:

> *Gai.* 1. 90: "Por eso si se pusiese el entredicho del agua y del fuego a una ciudadana romana en estado de preñez, y después de reducida por este medio a la condición de extranjera, sobreviene el parto, entonces la mayor parte de los jurisconsultos hacen una distinción, opinando que, si ella ha concebido de legítimas nupcias, el hijo nace ciudadano romano; y si la

[309] D. 1. 5. 7 (*Paulus libro singulari de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur*): "*Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodies ipsius partus quaeritur, quamquam alii, antequam nascatur, nequaqum prosit*".

> concepción es el fruto de un comercio ilegítimo, el hijo nace extranjero (*peregrinus*)".[310]

Para Gayo, el concebido de justas nupcias era considerado ciudadano romano, a pesar de que la madre sufriera la pérdida de la ciudadanía por la interdicción del agua y el fuego (*aqua et igni interdictum fuerit*). Esta posición tuitiva a favor del concebido se fundamentó nuevamente en que la sanción aplicada a la madre no debía perjudicarlo, manteniendo su estado de ciudadanía de forma individual e independiente. En el supuesto que fue sido concebido fuera de las justas nupcias, era considerado extranjero (*peregrinus*) y no un ciudadano romano. Posteriormente, el emperador Justiniano I otorgó la concesión general y amplia de la ciudadanía romana (D. 1. 5. 17) y, a diferencia de lo señalado en *Gai.* 1. 90, se afirmó que, si *qui in utero est* era libre, era ciudadano romano, sin que sea relevante que haya sido concebido dentro de justas nupcias o fuera de ellas.

El concebido también fue considerado dentro del *status familiae.* En las *Institutas* de Gayo se refirió al concebido y a su estado de familia, estableciendo a quién le correspondía la *patria potestas* sobre *qui in utero est* y, por ello, considerándolo como *alieni iuris* en *Gai.* 1. 135: "(…) el que fuera concebido después de la tercera manumisión de su padre, no entra al nacer en la potestad de su abuelo".[311] Para el jurista, el momento de la concepción era determinante para establecer a quién le correponde ejercer la patria potestad sobre él: al *paterfamilias* o al hijo emancipado, que es padre biológico del

---

[310] *Gai.* 1. 90: "*Itaque si eni mulieri ciuis Romanae praegnanti aqua et igni interdictum fuerit, eaque modo peregrina fita, et tunc pariat, complures distinguumt et putant, siquidem ex iustis nuptiis conceperit, ciuem Romanam ex ea nasci, si uero uolgo conceperit, peregrinum ex ea nasci*".

[311] *Gai.* 1. 135: "*... qui ex eo filio conceptus est, qui in tertia mancipatione est, non nascitur in aui potestate...*".

concebido. Al estar sometido a la patria potestad de un *sui iuris,* el concebido era *alieni iuris.*

En la misma línea, las *Instituciones* de Justiniano establecieron lo siguiente:

> I. 1. 12. 9: "Pero conviene saber que, si tu nuera hubiere concebido de tu hijo, y después hubieras emancipado ó dado en adopción a tu hijo hallándose encinta tu nuera, lo que de ella nace, nace, sin embargo, bajo tu postestad. Mas si hubiere sido concebido después de la emancipación ó de la adopción, queda sujeto a la potestad de su padre emancipado ó de su abuelo adoptivo".[312]

De manera muy clara, las *Institutiones* de Justiniano establecen que cuando se trata de un hijo matrimonial, si la concepción se produce antes de la emancipación estará sometido a la patria potestad del *paterfamilias*. Si la concepción fue posterior a la emancipación, la patria potestad le corresponde al hijo emancipado.

Asimismo, un concebido podía ser considerado un *sui iuris,* teniendo en cuenta lo señalado por Ulpiano respecto al hijo póstumo (*postumus*):

> D. 38. 16. 3. 9: "Ciertamente que también por la ley de las Doce Tablas es admitido a la herencia legítima el que estaba en el claustro materno, si hubiere sido dado a luz. Por lo cual les suele hacer esperar a los agnados que le siguen, a los cuales es preferido, si fuere dado a luz".[313]

---

[312] I. 1. 12. 9: "*Illud autem scire oportet, quod, si nurus tua ex filio tuo conceperit, et filium postea emancipaveris, vel in adoptionem dederis praegnante nuru tua, nihilominus quod ex ea nascitur, in potestate tua nascitur. Quod si post emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit, patris sui emacipati vel avi adoptivi potestati subiicitur*".

[313] D. 38. 16. 3. 9 (Ulpianus libro XIV ad Sabinum): "Utique et ex lege duodecim

A partir del fragmento de Ulpiano, si el *paterfamilias* del concebido falleció antes de que nazca y él era a quien le correspondía el ejercicio de la patria potestad sobre este descendiente matrimonial, entonces el hijo póstumo era *sui iuris* porque no estaba sometido al poder de otro varón.

Otro supuesto por el cual un concebido podía ser *sui iuris* era cuando era concebido del vulgo o fuera de justas nupcias porque no contaba con un *paterfamilias* que ejerciera la patria potestad sobre él.

De este modo, se constata que el concebido (*qui in utero est*) era clasificado en el *status familiae* como *alieni iuris* cuando era un descendiente habido de justas nupcias que estaba bajo la *patria potestas* de su *paterfamilias* o era *sui iuris* si no había quien ejerciera un poder sobre él.

De la revisión de las normas de las *Institutas* de Gayo y del *Corpus Iuris Civilis* se afirma que el concebido era *homo* (ser humano) y podía estar clasificado en los estados de libertad, ciudadanía y familia; por ello, era *persona*.

A partir del estudio de la situación de la mujer, el esclavo, la esclava y el concebido en las fuentes jurídicas romanas, se ha constatado que eran seres humanos (*homines*) y estaban clasificados en, al menos, un estado (*status*) que les permitía actuar en el ámbito jurídico y, en consecuencia, ser *persona*. A diferencia de lo que se señala contemporáneamente, *persona* no era entendida como un sujeto de derechos, es decir, un centro de imputación de derechos y obligaciones,[314] que

---

tabularum ad legitimam hereditatem is, qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus. Inde solet remorari insequentes sibi agnatos, quibus praefertur, si fuerit editus".

[314] Con relación a la persona como el centro de imputación de derechos y obligaciones, véase: BRANCH NOGUÉS, *Sobre la personalidad, op. cit*., pp. 25 y ss; ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho, op. cit*., pp. 106 y ss; LELL, *Perspectiva, op. cit*., pp. 207 y ss. Por su parte, Galgano afirmó que la persona jurídica es un instrumento del lenguaje jurídico para resumir el conjunto de relaciones que existen

puede ser humano o no,[315] y no se desarrolló una teoría sobre las personas jurídicas en el sistema jurídico romano.[316]

En conclusión, *persona* era el ser humano (*homo*) que, por encontrarse en al menos un estado, podía desempeñar un rol en el derecho romano.

VI. A modo de conclusión

A partir de lo señalado por las fuentes romanas, el *ius* (derecho) fue creado por y para los seres humanos (*homines*), quienes son el centro y la razón de su existencia. *Homo* era el ser humano, sea varón o mujer (D. 50. 16. 152), y este término subrayaba su naturaleza, su humanidad. También eran considerados como *homines* el esclavo (*servus*), la esclava (*ancilla*) y el concebido (*qui in utero est*).

Los seres humanos eran considerados iguales (D. 50. 17. 32) y centrales en el sistema jurídico romano (D. 1. 5. 2) porque *homo* se refería a su naturaleza material, biológica y corpórea. Mientras que *persona* fue un concepto jurídico que se refería a la actuación del *homo* en uno o varios roles en atención a los estados con los que contaba. Al

---

en las personas naturales que las conforman. GALGANO, F. (2004). El concepto de persona jurídica. *Revista Derecho del Estado,* (16)*,* 23 y ss.

[315] Este alejamiento del hombre como base ontológica de la persona se puede encontrar en la teoría de la ficción de Savigny, mencionada por GALGANO, *El concepto, op. cit.*, pp. 14 y ss. Sobre la diferencia entre persona y sujeto de derecho en el derecho romano, véase también: RUSSOMANO, *Curso, op. cit.*, pp. 12 y ss; TAFARO, *La centralità, op. cit.*, pp. 2 y ss.

[316] Sobre la definición y existencia de las personas jurídicas, véase: ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho, op. cit.*, pp. 415 ss. y GALGANO, *El concepto, op. cit.*, pp. 13 y ss.

revisar las fuentes jurídicas romanas se constató que cada ser humano estaba ubicado en, al menos, uno de los estados (*libertatis, civitatis, familiae*) que los clasificaba según la libertad, la ciudadanía y la familia; sin embargo, la clasificación jurídica no afectaba su naturaleza. Es importante tener en cuenta que la clasificación de un ser humano no era inmutable porque el derecho romano admitía que se produjera la modificación de uno o varios estados a lo largo de su existencia, variación que era llamada *capitis deminutio* (D. 4. 5. 1).

La clasificación de un ser humano en diferentes estados llevó a que las personas no tuvieran los mismos derechos y obligaciones, como se pudo apreciar al analizar la situación jurídica de la mujer, el esclavo, la esclava y el concebido, quienes eran seres humanos (*homines*) en el sistema jurídico romano y estuvieron clasificados en los estados. Sin embargo, no pudieron actuar con plenitud en el ámbito jurídico, como sí pudo hacerlo el *paterfamilias.*

Finalmente, la relación entre *homo* y *persona* resulta interesante porque el primero se refería a la naturaleza biológica del ser humano mientras que la segunda aludía al ser humano que actuaba desempeñando un rol en el ámbito jurídico en atención a su clasificación en los estados de libertad, ciudadanía y familia según lo establecido en las *Institutas* y el *Corpus Iuris Civilis*. Lo mencionado anteriormente nos lleva a reflexionar sobre cuál es la relación entre el ser humano y la persona, entre el ser humano, la naturaleza y los animales en la actualidad en un mundo cada vez más complejo, globalizado y tecnológico que pareciera dirigirse al alejamiento de la centralidad del ser humano que afirmó el derecho romano.

El origen romano de los delitos de riesgo y de peligro[317]

Luis Rodríguez Ennes[318]

Resumen

Los delitos de peligro son figuras a las que por múltiples razones técnicas y político-criminales recurre con frecuencia cada vez mayor el legislador punitivo moderno, y coherentemente con tal tendencia ha ido creciendo al mismo tiempo la atención que le dedica la doctrina científica y la jurisprudencia. Con nuestro análisis del largo devenir histórico de la *actio de positis vel suspensis* tratamos de demostrar que ni la existencia, ni el concepto de los delitos de peligro son una creación del legislador y de la doctrina contemporánea; muy al contrario, los juristas romanos aceptaron sin objeciones la división

[317] Ponencia pronunciada en el XXV Congreso Internacional y XXIX Congreso Iberoamericano de Derecho Romano "*Crimina et delicta* en el Derecho Romano y su recepción", el 9 de abril de 2025 en la Facultad de Derecho de San Sebastián.

[318] Catedrático emérito de Derecho Romano en la Universidad de Vigo. Doctor *honoris causa* de UFLO Universidad.

entre delitos de daño o lesión y delitos de peligro, tomando como base el grado de energía en la acción que provoca el bien jurídico protegido. Si el resultado produce la destrucción de un bien o de un derecho, estamos en presencia de un delito de daño; si solo alcanza la posibilidad de producirlo, nos hallamos ante un delito de peligro, tal cual acontece con la *actio de positis vel suspensis*.

Palabras clave: *delicta praetoria*; seguridad viaria; noción del peligro

Abstract

The crimes of endangerment are figures which for multiple technical and political-criminal reasons the penal modern legislator often resorts and coherently with such a trend the attention has been growing simultaneously. This attention that dedicates the scientific doctrine as well as the jurisprudence. With our analysis of the length historical development of the *actio de positis vel suspensis*, we try to prove that neither the existence nor the concept of crimes of danger are a creation of the legislator and the contemporary doctrine; the very opposite, the Roman jurists accepted without objections the division between crimes of damage or injury and crimes of endangerment, talking the degree of energy as a base in the action that provokes the determination of the juridical protected good. If the result destroys a good or right, we are in presence of an offence of damage. If only it reaches the possibility of producing it, we are situated before a crime of endangerment as it happens in the *actio de positis vel suspensis*.

Keywords: *delicta praetoria*; street safety; notion of danger

I. Introducción

Dentro de las medidas de policía, dirigidas a reprimir hechos atentatorios del uso libre y razonable de lugares transitados o de estacionamiento ordinario,[319] el pretor concede la *actio de positis vel suspensis* contra el que hubiera colocado *in suggrunda protectove* objetos de cuya caída pudiera irrogarse daños a terceros:

> D. 9, 3, 5, 6 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Praetor ait: Ne quis in suggrunda*[320] *protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. qui adversus ea fecerit, in eum [solidorum decem]*

---

[319] D. 9, 2, 28 pr (Paul. 10 *ad Sab*.); D. 9, 2, 31 (Paul. 10 *ad Sab*.); D. 9, 3, 1 pr (Ulp. 23 *ad ed*.); D. 9, 3, 5, 6 (Ulp. 23 *ad ed*.); D. 23, 1, 40, 41 y 42 (Ulp. *ad aed. cur*.). Ver, sobre estos textos, nuestros trabajos: RODRÍGUEZ ENNES, L. (1981). El edicto *de effusis vel deiectis* y la problemática urbanística romana. *Homenaje al Profesor Alfonso Otero* p. p. 301 y ss). Universidad de Santiago de Compostela; RODRÍGUEZ ENNES, L. (1984). Notas sobre el elemento subjetivo del *effusum vel deiectum*. *IVRA*, (35), 90 y ss; RODRÍGUEZ ENNES, L. (1988). Notas sobre el elemento objetivo del *effusum vel deiectum*. *Homenaje a Juan Vallet de Goytisolo* 2 (pp. 117 y ss). Consejo General del Notariado; RODRÍGUEZ ENNES, L. (1990). Algunas observaciones en torno a la *actio de positis vel suspensis*. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (16), 255 y ss; RODRÍGUEZ ENNES, L. (1992). *Estudio sobre el* edictum de feris. Universidad Complutense; RODRÍGUEZ ENNES, L. (1994). Los actos ilícitos del derecho honorario*. Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje a José Luis Murga Gener* (pp. 902 y ss). Ramón Areces; RODRÍGUEZ ENNES, L. (2017). El podador y los viandantes. *RGDR*, (29); RODRÍGUEZ ENNES, L. (2018). El elenco de los animales a los que se refiere el *edictum de feris* en las fuentes literarias. *RIDROM*, (20).

[320] Según LENEL, O. (1927). *Das Edictum Perpetuum* (p. 1). Marcial Pons, tal era la rúbrica del edicto.

sestertiorum decem milium nummorum[321] *in factum iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur, [aut noxae dedi iubebo]*.[322]

La *laudatio edicti* aparece meridianamente clara en D. 9, 3, 1 y 2 (Ulp. 23 *ad ed.*):

Summa cum utilitate id praetorem edixisse nemo est qui neguet: publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari. Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, quia iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur: semper enim ea loca, per quae vulgo iter solet fieri, eandem securitatem debent habere.

A tenor de las palabras edictales, es de utilidad pública[323] que se

[321] La *condemnatio* era de diez mil sestercios en el derecho clásico; la suma de *solidorum decem* es compilatoria (cfr. *ibid*. nt. 8). Nos ocuparemos más adelante de esta cuestión.

[322] Para LENEL, O. (1889). *Palingenesia Iuris Civilis* 2 (p. 551), Officina Bernhardi Tauchnitz, nt. 3, la lectura *aut noxae dedi iubedo* que propone Mommsen es imposible porque, explica en EP², p. 174, nt. 11, "*ein praetorisches iubere dari aut noxae dedi indet rechtstaat*". En el mismo sentido se manifiesta GRADENWITZ, O. (1887) Spruchgebrauche des praetorischen Edikts. *ZSS*, 8, 257, que sugiere *aut defendit aut duci iubedo*. Contra, con buenas razones, ("mit guten Grunden") se pronuncia WLASSAK, M. (1930). *Die Klassiche Prozzesformal mit Beitragen zur Kenntnis des Juristisberufen in der Klas. Zeit* (p. 120). Holder-Pichler-Tempsky, en cuya opinión cabe suponer que los compiladores, tras proceder a un trasvase literal del contenido del *edictum de effusis vel deiectis*, se percataron de que *in iudicio adiciam* carecía ya de sentido en su tiempo y de este modo lo sustituyeron por *aut noxae iubedo.*

[323] Para GAUDEMET, J. (1979) *Études de droit romain* 2 (pp. 174-175). Jovene, "la forme ampoulée du texte suffirait à la rendre suspect". En su opinión, la expresión

pueda circular sin miedo ni peligro por aquellos lugares por los que ordinariamente se transita, razón por la cual el dato verdaderamente decisivo para la tipificación del ilícito pretorio es que el evento acaezca en *loca qua vulgo iter fiet*, al igual que ocurre en otros textos también dirigidos a la protección de la seguridad viaria.[324] La explícita referencia al vulgo en la cláusula demuestra que la protección pretoria se dirigía al *populus*, no entendido en su acepción política de comunidad organizada en Estado[325] sino en su significado natural y no jurídico: la multitud de individuos que

utilitas publica ignorada por las leyes republicanas o el edicto del pretor, "n´apparait chez les jurisconsultes classiques qu´avec la grande tríade Papinien, Paul et Ulpien. Elle est en particulier inconnue des Institutes de Gaius. Même chez les jurisconsultes de la fin du I – II siécle, elle n´est pas fréquente". Concluye afirmando que "les oeuvres post-classiques font, au contraire, un plus large appel à l´*Utilitas publica*" [GAUDEMET, J. (1951). Utilitas publica. *RHD*, (29), 477-478]. En cuanto a la noción jurisprudencial de la expresión *utilitas publica*, convengo con FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (1999). *Derecho Público Romano y recepción del Derecho Romano en Europa* (p. 71). Civitas, que esta categoría se eleva en los textos jurídicos como un verdadero axioma institucional, un imperativo jurídico de la constitución política romana coincidente con los significados de las expresiones *utilitas omnium* y *utilitas universorum.* Con todo, en mi opinión, tal expresión no fue empleada por los juristas de la tríada clásica en el sentido técnico-jurídico, sino simplemente como sinónimo de *communis utilitatis*, tal como hace Cicerón en *Pro Sest*., 91: *Tum res ad communem utilitatem, quas publicas appellamus* [Sobre esta cuestión, ver RODRÍGUEZ ENNES, Estudio sobre el e*dictum de feris*, *op*. *cit*., p. 23, nt. 50. Más modernamente, RODRÍGUEZ ENNES, L. (2017). Prólogo. En TEJADA HERNÁNDEZ, F. *El derecho romano ante la ilustración hispanoamericana* (p. 24). Dykinson.

[324] Vid. la nt. 1.

[325] Sobre el origen del término *populus*, ver DEVOTO, D. (1944). *Storia della lingua di Roma* (p. 57 y ss). Capelli. Un amplio análisis del concepto político de *populus* en VON LÜBTOW, V. (1955). *Das Römische Volk* (p. 471 y ss). Verlag Vittorio Klosterman.

constituye la masa de la población.[326] Es este *vulgus*, en definitiva, quien postula un tránsito incólume por las calles y plazas de las que, efectivamente, realiza un uso constante y cotidiano.[327] No cabe duda, por tanto, que la promulgación del *edictum de positis vel suspensis* está íntimamente relacionada con la necesidad de garantizar la incolumidad de los transeúntes.[328]

La íntima conexión entre el edicto de *effusis*, *vel deiectis* y la cláusula edictal *ne quis in suggrunda* es proclamada, sin ambages, por el mismo Ulpiano al calificar a esta última de *portio* de la anterior en D. h. t.: *Hoc edictum superioris portio est*. Algunos autores la interpretan en el sentido de que indica que el edicto de *positis* era simplemente una sección del edicto de *effusis*.[329] En nuestra opinión, la expresión

---

[326] Tal es el significado que le asigna, en primera acepción HEUMANN-SECKEL, H. (1958) *Handlexikon* Gale, Making of Modern Law, s.v. *vulgo*: "insgemein (…) gemeinglich, gewöhulich", y cita expresamente D. 9, 3, 1, 1; también LEWIS-SHORT (1950). *A Latin Dictionary*. Oxford University Press, s. v. "vulgo": "the multitude, everybody, all the world, generally, universally, everywhere, all over, commonly, openly, publicy". Previa utilización del vocablo en Cicerón, *Mur*. 35, 73: *quid est vulgo? Universos*. Acerca del origen y el significado de la palabra *vulgus*, ver BILINSKI, B. (1964). Intorno alla semasiología del termine *vulgus*. *Synteleia Arangio Ruiz*, 2 (p. 727). Jovene.

[327] Cfr., a este respecto, mi trabajo "El edicto de *effusis vel deiectis*" y la problemática urbanística romana, cit., donde se contienen amplias referencias a las vívidas descripciones que aparecen en las fuentes literarias en punto a las abigarradas multitudes que deambulan por las calles de Roma.

[328] Las *viae urbanae*, en cuanto *res publicae usui destinatae*, están bajo la exclusiva protección de los magistrados. De ellas –de las vías urbanas– se dice expresamente que *cura pertinet ad magistratus* (D. 43, 8, 2, 25 (Ulp. 68 *ad ed*.). El título 10 del libro 43 del Digesto se refiere a las normas singulares relativas a esta función, indicando, el propio tiempo, los diversos medios tuitivos.

[329] WATSON, A. (1965) *The Law Obligations in the Later Roman Republic* (p.

superior solo denota locación, significa que en el *album* edictal estaba situado más arriba que el *effusis vel deiectis*[330] y no que fuese cronológicamente más antiguo, pues para ello debería haberse empleado el vocablo *anterior*[331] en lugar de *superior*. Consiguientemente, el hecho de que ambos edictos estén incluidos bajo la misma rúbrica 9, 3 del Digesto no significa que nuestra cláusula edictal sea una sección o parte del *effusis vel deiectis* sino, simplemente, que está ubicada una antes de otra. Las diferencias de régimen jurídico entre ambas acciones son tan evidentes que no nos permiten llegar a otra conclusión diferente a la apuntada. Ello, no impide en modo alguno, que coincidamos con Giménez-Candela (1990) en afirmar que "los dos edictos están estrechamente unidos".[332]

Carecemos de elementos fehacientes para proponer una datación segura de la aparición del *edictum de positis*. Watson señala que falta "*evidence of dating*".[333] Así las cosas, permanece en la incertidumbre si apareció después o, por el contrario, antes de su análogo *edictum* de *effusis vel deiectis* del que sí conocemos la fecha aproximada de su inserción en el *album* pretorio, ya que, según se infiere de las fuentes, estaba en vigor en la primera mitad del último siglo de la República pues Ulpiano nos transmite una opinión de Trebacio[334] al respecto:

---

267). Oxford University Press, siguiendo a LENEL, *Das Edictum*, p. 174. Más modernamente, HOCHTEIN, R., (1971). *Obligationes quasi ex delicto* (p. 71).

330 En HEUMANN-SECKEL, s.v. *superior* es: "*oberer, höherer*", más alto, situado en un lugar más alto. Igualmente en LEWIS-SHORT, s.v. *superior*= "*that is above, upper, higher*".

331 *Anterior*, en HEUMANN-SECKEL es "*fruher, alter*" y en LEWIS-SHORT, es "*before, foremost. Of time previous former*".

332 GIMÉNEZ-CANDELA, T. (1990). *Los llamados cuasidelitos* (p. 110). Trivium.

333 WATSON, *The Law of Obligations*, *op*. *cit*., p. 267 ss.

334 Sobre Trebacio, vid., KUNKEL, W. (1967). *Herfunk und soziale Stellung der römischen juristen* (p. 28). De Gruyter. Más modernamente: DOMINGO, R. (2004)

> D. 9, 3, 5, 1 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Si quis gratuitas habitationes dederit libertis et clientibus vel suis vel uxoris, ipsum eorum nomine teneri Trebatius ait…*

Con todo, también existe una parca referencia, esta vez de Servio,[335] que prueba la existencia del *edictum de positis* también hacia mediados de siglo I a. C.:

> D. 9, 3, 5, 1 (Ulp. 23 *ad ed.*): *…nam et cum pictor in pergula clipeum vel tabulam expositam habuisset eaque excidisset et transeunti damni quid dedisset, Servius respondit ad exemplum huius actionis dari oportere actionem: hanc enim non competere palam esse, quia neque in suggrunda neque in protecto tabula fuerat posita…*

De este fragmento se deduce, según Servio, que si una tabla caía desde un andamio a la calle y dañaba a un transeúnte no se podía dar la *actio de positis*, porque el objeto causante del daño no había sido colocado *in suggrunda protectove*. En este caso, precisa el autor, se debe conceder una *actio ad exemplum huius actionis*.[336] Pensamos que esa *actio* no era la *positis vel suspensis* (que tipificaba exclusivamente el delito de riesgo y castigaba por el mismo) si no la de *effusis vel deiectis*, cualificada por el resultado de daños, tal como aquí acontece, según se infiere nítidamente de D. 9, 3, 5, 12, cuando señala que "*tabulam expositam habuisset eaque excidisset et transeunti damni quid dedisset"*.

---

s.v. "Trebacio Testa". *Juristas Universales*, I, *Juristas Antiguos* (pp. 137-139). Marcial Pons.

[335] Sobre Servio Sulpicio Rufo, ver D´ORS, X., s.v. en *ibid*. p. 129 ss.

[336] En punto a las *actiones ad exemplum*: ARANGIO-RUIZ, V. (1912). Studi Formularii. *BIDR*, *XXV*, 178, nt. 1; WESENER, G. (1958). Actiones *ad exemplum*. *ZSS*, *LXXV*, 229; VALIÑO, E. (1974). *Actiones útile*s (p. 22). EUNSA.

II. Elemento objetivo

La cláusula del *positis vel suspensis* constituye, sin duda, al igual que la de *effusis vel deictis*, una medida de policía dictada en aras de la seguridad viaria y dirigida, del mismo modo, a reprimir hechos atentatorios del uso libre y razonable de las vías, tanto públicas como privadas:[337] *qua vulgo iter fiet*. El edicto establece que la responsabilidad será asumida cuando los objetos estén colocados de una manera peligrosa [D. 9. 3. 5. 11: *Praetum ait "cuius casus nocere possit" edicto locus sit*] y alude al emplazamiento *in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur*. *Protectum* es un voladizo, una proyección de una fachada en forma de alero que también sirve para guarecerse de la lluvia.[338] *Suggrunda*,

[337] Creemos que la protección edilicia se extiende también a las vías privadas siempre que por ellas se transite de un modo constante y cotidiano. Nos basamos en las referencias explícitas que aparecen en los demás textos dirigidos a la protección del *vulgo iter fieri*: D. 9, 2, 31 (Paul. 10 ad ed.): *Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fieret*; D. 9, 3, 1, 2 (Ulp. 23 ad ed.): *Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat*. En efecto, como señalamos en otro de nuestros trabajos, mientras que en la reinterpretación del parecer de Mucio, que Paulo nos transmite, poco importa que se caminara por lugar público o privado, porque muy frecuentemente *per privata loca vulgo iter fiat*, igualmente en el paralelo texto ulpianeo el dato verdaderamente decisivo para la tipificación del ilícito pretorio es que el evento dañoso acaezca en *loca per quae vulgo iter solet fieri*, sin importar —como el mismo Ulpiano precisa— que el lugar de tránsito sea público o privado; porque se toma en consideración a los transeúntes, y no a las vías públicas (cfr. *Contribución a una hipótesis interpretativa de* D. 9, 2, 31, cit., p. 1061).

[338] BERGER, D. (1953). *Encyclopedie Dictionary of Roman Law* (p. 659). American Philosophical Society; LEWIS-SHORT, s.v. "*protectum*": "the projecting part of the roof", p. 1478.

sin embargo, es un término técnico del campo de la arquitectura que tiene oscuro origen[339] debido a su etimología insegura.[340] Este vocablo se utiliza tanto en las construcciones rústicas[341] como en las *insulae urbanas*.[342]

Se establece una defensa preventiva en favor de los viandantes, castigando el simple *factum* de colocar de modo peligroso, o sin las debidas precauciones (*in suggrunda protectove*) sobre lugares de paso o estacionamiento ordinario, un objeto *cuius casus nocere cui possit*; por el contrario, el otro edicto solo tipifica como ilícito el *effusum et deiectum* productor de consecuencias damnificadoras, razón por la cual debemos inferir la diversa finalidad de ambas cláusulas edictales: preventiva la primera, reparadora la segunda.[343] El edicto de *positis vel suspensis* tipifica, por tanto, un ilícito pretorio subsumible en los que la ciencia punitiva moderna designa como delito de peligro o riesgo.

El pretor no busca, a través de la concesión de la *actio de positis vel suspensis*, moderar algunos de los inconvenientes derivados de la

---

339 Según ERNOUT, A. (1946). Les elements etrusques du Vocabulaire Latin. *Philologica* I (pp. 38 y ss). Klincksieck: se trata de una palabra de origen asiático que tiene raíces en Grecia y formaba parte del vocabulario etrusco, al igual que otros términos en *unda*.

340 ERNOUT-MEILLET, en su *Dictionnaire étymologique de la langue latine* (Klincksieck, 1985), p. 282-283, s.v. "*subggrunda*": *"gouttiere, gargouille"*, se trata de un *"mot technique, sans etymologie sûre et susceptible d´alterations"*.

341 Varr. *De re rust*. 3, 3, 5: … *apes enim suggrundas ad initio villatico usae tecto*.

342 Vitrur. *De arch*. 2, 9, 16: … *certe tabulae in subgrundis circum insulas si essent ex ea conlocatae, ab traiectionis incendiorum aedificia periculo liberarentur, quod eae neque flammam nec carbonem possunt recipere nec facere per se*.

343 Seguimos aquí la opinion de WATSON, A. (1963). Liability in the actio de positis vel suspensis. *Mélanges Meylan* (p. 379). Impr. Centrale.

ausencia de punibilidad de la tentativa,[344] sino que entiende que se ha violado un derecho, el que tienen todos los transeúntes al uso razonable y cotidiano de las vías públicas, por el simple hecho de colocar algo en lugares *quo vulgo iter fieret* sin las debidas precauciones. En el *effusum et deiectum*, por el contrario, se exige la producción de un resultado lesivo, que debe ser resarcido mediante el ejercicio de la acción pertinente.[345] Con razón arguye Thomas (1901) que "*c´est en effet ce qua dissent clairement les textes*"[346]. Ello demuestra hasta qué punto ha sido asumido, con demasiada ligereza, por parte de algunos autores que la responsabilidad era la misma en ambos casos.[347]

Una postura bastante extendida entre la romanística entiende que el ilícito tipificado en ambos edictos debe ser perpetrado durante el día, no de noche.[348] Esta limitación del *factum* delictivo a las horas

---

[344] Como afirma, equivocadamente, WOLODKIEWICZ, D. (1968). Deiectum vel effusum e positum vel suspensum. *RISG*, 379.

[345] Ver mis "Notas sobre el elemento objetivo…", cit.

[346] THOMAS, Y. (1901). Observations sur les actions: in bonum et aequum conceptae. *RHD*, (25), 558.

[347] En este sentido se manifiesta STOGCEVIC, *Sur le caractère des quasi-délits*, cit., p. 58, cuando señala: "Así, en los casos de *de effusis vel deiectis et de positis vel suspensis* es indiferente que el hecho fuese cometido dolosamente o sólo con culpa: el usuario de la habitación, el *habitator*, tiene una responsabilidad cuasi-delictual, sin tener en cuenta si él ha cometido personalmente el acto que causó perjuicio, si actuó de forma dolosa o sólo culposa". Abunda en la misma interpretación errónea Longo., I *quasi delicta*, cit., p. 469, al afirmar: "En sustancia, los dos edictos, en mi opinión, tipifican diferentes bases de responsabilidad: el *habitator* es aquel que coloca o deja colocar peligrosamente objetos juzgados bajo un mismo prisma". En parejos términos se manifiesta STEIN, P. (1958). La natura delle obbligazioni quasi ex delicto. *JUS*, (9), 367, y (1958). The Nature of quasi-delict obligations in Roman Law. *RIDA*, (5), 363.

[348] Ver, *ad ex.* LOZANO y CORBI, E. (1982). *La legitimación popular en el proceso*

diurnas constituye una suerte de tradición canónica que se ha transmitido de unos a otros con la sola apoyatura textual de la opinión de Labeón, recogida por Paulo en D. 9, 3, 6, 1: "*Labeo ait locum habere hoc edictum, si interdiu deiectum sit, non nocte; sed quibusdam locis et nocte iter fiet"*.

Empero, creemos que la tesis dominante, pese a su predicamento, debe ser abandonada por diversas razones. Ante todo, porque los más de sus sustentadores prescinden al formularla de toda explícita referencia a la patente censura pauliana al *responsum* de Labeón, avanzada en la misma sede textual: *sed quibusdam locis et nocte iter fiet*, y tan solo un autor,[349] tras calificarla de "tímida objección", añade que "pudiera constituir el germen de una tardía interpretación extensiva de la previsión edictal" en lo que, a nuestro juicio, equivalía a situar cronológicamente tal interpretación casi en época posclásica y, además, disociaría el *effusum et deiectum* de su estricto ligamen con el criterio del *vulgo iter fiet* que constituye la auténtica *ratio edictalis.*[350]

En segundo término, la postura tradicional origina una inútil antinomia con D. 1, 3, 1, 2, 2 (Ulp. 23 *ad ed.*): "*semper enim ea loca, per quae volgo iter solet fieri, eandem securitatem debent habere"*, por cuanto el empleo del adverbio *semper* parece connotar la generalización temporal de la prohibición. Beseler (1913) trata de resolver la cuestión señalando que el pasaje está interpolado debido a la no

romano clásico. Bosch; también se reafirma en dicha interpretación en (1984). Popularidad y régimen de legitimación en la actio de effusis et deiectis. *Studi Biscardi*, (5), 312.

[349] CASAVOLA, F. (1958). *Studi sulle azioni popolari romane. "Les actiones populares"* (p. 157). Jovene.

[350] A esta misma conclusión, aunque por caminos diferentes, llega PALMIRSKY, T. (2003). Some remarks on ne quis suggrunda protectove id positum habeat, cuius casus nocere possit, praetor´s edict. RIDA, 293.

clasicidad del término *securitas*;[351] Schipani (1969)[352] intenta salvar la antinomia partiendo de la polisemia del adverbio *semper*: si se refiere a una precisa dimensión cronológica de la provisión edictal ("siempre", "en todo momento"), la contradicción con el texto pauliano es patente, pero si se le asigna la acepción de omnivalencia temporal de la seguridad viaria, su autenticidad es evidente y la contradicción queda superada. A nuestro entender, resulta factible que la frase pudiera constituir el fruto de un glosema ulpianeo al texto edictal originario sin que, en consecuencia, deba hablarse de una intervención compilatoria.

Por último, la primera parte de la cláusula por cuanto se impone a todos (*Ne quis*…) el deber de no colgar o suspender algo *in suggurunda protectove* que amenace caer a lugares transitados, sugiere claramente el estilo usual de las medidas de policía. Ello se infiere sin ambages del empleo del verbo en forma imperativa negativa[353] y no se constriñe la protección a las horas diurnas, del mismo modo que se tutela el tráfico ordinario tanto dentro como fuera de las ciudades,[354] en vías públicas y privadas.[355] A mayor abundamiento, sería absurdo, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, que no se sancionase el *factum* producido por la noche, cuando sabido es el máximo riesgo que entrañaba circular por las calles de Roma

---

[351] BESELER, G. (1913). *Beitrage zur kritik der römischen Rechtsquellen* (p. 164). Mohr.

[352] SCHIPANI, S. (1969). *Responsabilitá "ex lege Aquilia". Criteri di imputazioni e problema della "culpa"* (p. 87). Giappichelli.

[353] A este usual empleo verbal en las medidas de policía, se refiere IMPALLOMENI, G. (1969). *L´editto degli edili curuli* (p. 373). CEDAM.

[354] D. 9, 3, 6, pr (Paul. 90 *ad ed*.): *Hoc edictum non tantum ad civitates et vicos, sed ad vias, per quas vulgo iter fiet, pertinent*.

[355] D. 9, 3, 1 (Ulp. 23 *ad ed*.) *Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus.*

en horas nocturnas.[356] Así las cosas, la tutela edictal viaria no se circunscribe, por tanto, cronológicamente a las horas del día, sino a las calles y plazas de las que, efectivamente, se realiza un uso constante y cotidiano.

III. Elemento subjetivo

El segundo elemento conceptualmente diferenciado que tipifica el edicto de *positis vel suspensis* es de tipo subjetivo o intencional. Según de infiere de D. h. t. 12, el demandado es descrito como *is qui positum habeat*.[357] La colocación del objeto peligroso constituye,

[356] De ello nos habla Juvenal de un modo tan gráfico y vivo que es preferible cederle la pluma: respice nunc alia ac diversa pericula noctis:/ quod spatium tectis sublimibus unde cerebrum/ testa ferit, quotiens rimosa et curta fenestris/ vasa cadunt, quanto percussum pondere signent, / et laedant silicem. Possis ignavus haberi / et subiti casus improvidus, ad coenam si / Intestatus eas... (Satirae 3. 267-272). Abstracción hecha de su fuerte vis cómica, no cabe duda de que el genial satírico escribía con pleno conocimiento de causa. En Roma no había iluminación pública. Cada uno debía proveerse de medios al respecto. El propio Juvenal dice que solía guiarse por la luz de la luna y el brillo de una candela que, la mayor parte del tiempo mantenía apagada como medida de ahorro (Satirae, 3, 286: Me quem luna solet deducere, vel breve lumen / candelae, cujus suspensus et tempero filum, / contemnit). No es, por tanto, extraño, que aquel que no tuviere razón para salir permaneciese en casa como medida de prudencia (Acerca de este problema, vid., entre otros, CARCOPINO, P. (1934). La vie quotidienne à Roma à l´apogée de l´Empire (p. 226). Hachette; PAULI, U. E. (2006). Urbs. Aspetti di vita romana antica (pp. y 66 ss). Iberia. Acerca de las fuentes literarias en punto a este tema, cfr. nuestro: "El edicto de effusis et deiectis y la problemática urbanística romana", cit., passim.

[357] La expresión *positum aut suspensum* es característica del texto gayano recogido

pues, el momento a partir del cual cabe colegir que la *voluntas delicti* ha asumido una manifestación lo suficientemente precisa y concreta para justificar la intervención del órgano punitivo.[358] Con ello, a nuestro juicio, se demuestra que la conexión del individuo agente con la conducta delictiva es mucho más próxima que en el *effusum vel deiectum*, donde, como es sabido, la legitimación procesal pasiva corresponde a *qui ibi habitaverit*, es decir, a aquella persona que se encontraba en situación de disfrute del inmueble, con independencia de si le es o no imputable la caída. Aquí, el *habitator* responde frente a las normas edictales sin que se tenga en cuenta la circunstancia de que el evento damnificador hubiera sido producido por dolo o por negligencia. La naturaleza objetiva de la protección edictal en el *effusum vel deiectum* debe considerarse como algo pacíficamente admitido por la doctrina.

El propio Ulpiano se ocupa en h. t. 11 de explicar qué se entiende por *cuis casus nocere posset* al señalar que con dicha expresión se pone de manifiesto que el pretor, en evitación del daño, se refiere no a todo lo que está colocado, sino a lo que está colocado que pueda dañar:

> *Praetor ait "cuius casus nocere posset". Ex his verbis manifestatur non omne quidquid positum est, sed quidquid sic positum est, ut nocere possit (hoc solum prospicere praetorem, ne possit nocere) nec spectamus ut noceat sed omnino*

---

en D. 44, 7, 5, 5 y reiterado en I. 4, 5, 1: … *Cui similis est, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet*. Opino con PALMIRSKY, Some remarks, cit. p. 288, que "separating *suspensum* as a distinct case towards *positum* does not seem fully proper, for *positum* in its broader sense means as much situated. Thus *positum* comprises in its concept *suspensum*. *Positum* (de *pono*) significa colocar, situar, emplazar ("to place", "to set up") vid.". LEWIS-SHORT, p. 1396.

[358] Sobre el momento en que tiene lugar la consumación del *iter criminis*, COSTA, E. (1921). Il conato criminoso del diritto romano. *BIDR*, (31), 27.

> *si nocere possit, edicto locus sit*[359]. *Coercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id quod positum erat sive non nocuit*.

Del texto se deduce que la responsabilidad dependía de la existencia de una situación de peligro, según se infiere, con palmaria evidencia, de las palabras *ut nocere possit*. El recurso a uno u otro edicto dependería de que el *qui pendes* sucesivamente *effuderit*: si el objeto cae y ocasiona daños a los viandantes será de aplicación la *actio de effusis et deiectis*; si simplemente permanece suspendido *cuius casus nocere possit*, la *actio de positis vel suspensis*.

Es también interesante, a este respecto, el fragmento 12 h. t., objeto por parte de la romanística de diversas valoraciones críticas:

> *Si quod positum erat deciderit et nocuerit, in eum competit actio qui posuit, non in eum qui habitaverit, quasi haec actio non sufficiat, quia positum habuisse non utique videtur qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium vel inhabitator. Nam et cum pictor in pergula clipeum vel tabulam expositam habuisset eaque excidisset et transeunti damni quid dedisset, servius respondit ad exemplum huius actionis dari oportere actionem: hanc enim non competere palam esse, quia neque in suggrunda neque in protecto tabula fuerat posita. Idem servandum respondit et si amphora ex reticulo suspensa decidisset et damni dedisset, quia et legitima et honoraria actio deficit*.

---

[359] El período *hoc solum... locus sit* ha sido calificado de compilatorio por Longo basándose en los siguientes indicios: "Il primo periodo *hoc solum … nocere dopo ut nocere possit* reca una construzione infinita improvissa; il sucesivo periodo nec … *edicto locus sit* é assolutamente superfluo con taluni indizi formali: *sed omnino* l´improviso *edicto locus sit*. Né forsé si potrebbe negare che, altresi, sia una concluione non necesaria il periodo finale, che lascia sussitere, perchè vi é poco certeza per riterne il carattere spurio". Ello no obstante a nuestro juicio se trata de meros reparos de tipo formal que no empecen a la progenie clásica de la esencia del fragmento.

Coinciden los autores en señalar la procedencia compilatoria del texto. Para Mommsen (1870),[360] la corrupción deriva de una falta de cuidado del copista; Watson,[361] por su parte, cree que cualquier tentativa de reconstrucción debe descansar en un razonamiento *a priori*. A su juicio, tanto puede mantenerse que "the text talks of giving an action under this edict against the *dominus aedium* or *inhabitator* is liable even when unaware the placing". Participa de esta postura Giménez-Candela,[362] para quien

> de una primera lectura surge una cierta perplejidad, ya que parece contradecirse con lo que sabemos hasta ahora de la acción, pero es sólo una contradicción aparente, pues, como hemos visto, la acción del edicto se da contra *is qui positum habeat*, pero no se precisaba la prueba de que había colocado, por ello se daba habitualmente contra el *habitator*.

Más argumentos aporta Longo (1983),[363] en cuya opinión el pasaje *quasi haec actio… nam* constituye una intromisión bizantina evidente. En efecto, los compiladores al confundir el régimen de ambas acciones (*effusis et deiectis* y *positis ac suspensis*) ponen erróneamente en boca del jurista que la cualidad del *dominus aedium* o *inhabitator*

---

[360] En su edición del D. *ad* 9, 3, 5, 12 (1870) Mommsen, refiriéndose a Cuyacio, creía que el comienzo del fragmento fue interpolado y debería leerse: … *in eum competit actio (sc. actio de effussis vel deiectis) qui ibi habitaverit non in eum qui posuit: itaque utilis danda erit eum qui posuit quasi haec actio (sc. actio de positis) non sufficiat, quia positum habuisse non utique videtur qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium vel inhabitator*.

[361] WATSON, *Liability in the action positis ac suspensis*, cit., p. 381.

[362] GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, cit. p. 122.

[363] LONGO, G. (1983). I quasi delicta. *Actio de effusis et deiectis. Actio de positis ac suspensis*. *Studi Sanfilippo,* (4), 482.

es un requisito de la legitimación pasiva;[364] muy al contrario, como hemos tenido ocasión de señalar, en orden de la *actio de positis vel suspensis* decide de modo exclusivo la determinación del autor de la situación de peligro. Solo así encuentra una explicación lógica el período inicial de 9, 3, 5, 12: *Si id quod positum erat deciderit et nocuerit in eum competit qui habitaverit non in eum qui posuit*. Esto significa que la actio en este caso era la de *effusis vel deiectis* y no la de *positis ac suspensis*. *Competit actio* debe interpretarse como *actio de effusis*. La segunda parte confirma la interrelación de la primera: *actio deficit*, porque el *positum et suspensum* no tuvo lugar *neque in suggrunda, neque in protecto*.[365]

Así las cosas, y corroborada la progenia espuria de la primera parte del fragmento, no hay motivo, a nuestro juicio, para dudar de la pureza clásica del inciso final: *Servius respondit… quia legitima et honoraria actio deficit*. En nuestra opinión, no existen razones para pensar que este fragmento proceda de la autoría de Ulpiano y no de la de Servio. El empleo del indicativo en una frase de este género es perfectamente compatible con el estilo indirecto[366] y constituye una particularidad de la lengua ulpianea cuando nos transmite la opinión de otro prudente.[367] La frase precedente proporciona un ejemplo paradigmático de lo antedicho: la expresión *quia neque in suggrunda neque in protecto tabula fuerat posita*, es, sin ninguna duda, de Servio; sin ella la solución que propone cojearía irremediablemente.

---

[364] En el mismo error incide STOICEVIC, *Sur le caractère*, cit., p. 59, hablando de responsabilidad del *habitator* y diciendo que sería irrelevante "la question de savoir si c´etait (l´usager) en quelqu´un d´autre l´autor du acte".

[365] LONGO, cit., en nt. 45, p. 464.

[366] ERNOUT-THOMAS, F. (1951). *Syntaxe Latina* (p. 359). Klincksieck.

[367] Así, por ejemplo, en D. 19, 5, 13, 1; D. 21, 1, 10, 4; D. 21, 1, 25, 3; D. 21, 1, 31, 8; D. 39, 2, 22; D. 39, 5, 19, 1; D. h. t. 6; D. 46, 7, 3, 7; D. 47, 2, 13 pr.

IV. Legitimación

En D. 9, 3, 5, 13 (Ulp. 23 *ad. ed*) se contiene referencia explícita a los legitimados para el ejercicio de esta actio: "*Ista actio popularis est et heredi similibusque competit, quia poenalis est*".

Ante todo, se trata de una *actio popularis* y ello es absoluto corolario de la *ratio edicti*. Efectivamente, es en el régimen de las *res publicae usui destinatae* donde cabe situar el origen de las acciones populares:[368] las plazas, la vía pública pertenecen a todos y cada uno de los ciudadanos y cualquiera de ellos está legitimado para exigir la satisfacción del daño ocasionado, del mismo modo que si se tratase de una lesión inferida a sus propios intereses.[369] El *civis* se sirve de estas *res*, las repara, las defiende contra perturbaciones, prohíbe su deterioro y exige su restitución sobre la base de su propio derecho en cuanto ciudadano, y por ello, copropietario junto con los otros *cives* de todo el territorio de la ciudad que no sea propiedad privada.[370]

Las acciones populares, en acertadas palabras de Murga (1985),[371] son una profunda demostración del civismo urbano de Roma y de una idiosincrasia peculiar que no se repetirá probablemente nunca más en la historia de la humanidad:

---

[368] BRUNS, L. G. (1864). Die römischen Popularklagen. *ZRS*, (3), 121.

[369] IHERING, R. (1894). *Geist des römischen Rechts auf den verschieden. Stufen seiner Entwicklung* I (p. 211). Leipzig.

[370] CASAVOLA, F. (1955). Fadda e la dottrina delle azioni popolari. *Labeo*, *I*, 141.

[371] MURGA, J. L. (1985). Las acciones populares en el municipio de Irni. *BIDR*, (27), 210 y ss. Un estudio exhaustivo y muy actual sobre las acciones populares en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2018). La acción popular romana, *actio popularis* como instrumento de defensa de los intereses actuales y su proyección en el derecho actual. *RGDR*, (31). También BOTTA, F. (2018). Acerca de la *litis pendencia* y de la *res iudicata* en las acciones populares romanas. *RGDR*, (31).

> (…) la comunidad es de todos, y por serlo, cada ciudadano romano dentro de la urbe, cada colono en su colonia y cada munícipe en su pequeño núcleo urbano, puede incoar la acción de multa para reprimir delitos o infracciones cometidos contra la comunidad, haciendo el papel de actor porque realmente es parte interesada en el asunto.

La popularidad de las acciones constituye, en suma, una especie de expediente genial para que *quivis ex populo*, y no únicamente los magistrados, pueda promover a la *tuitio urbis*. Es más, solo cuando la iniciativa popular faltase intervendrían de oficio los ediles para proteger el buen funcionamiento de la ciudad.[372]

Esta acción pretoria, debido a su naturaleza *popularis* que, como es sabido, le confiere la *potestas experiundi* a *quivis ex populo*, plantea, *prima facie*, un problema que dista de tener un alcance meramente teórico. En efecto, así como en las acciones privadas la *exceptio rei in iudicium deductae*, un instrumento jurídico que sirve para dotar de efectividad a la conocida *regula iuris* de la imposibilidad de re-planteamiento procesal que se producía una vez que el litigio había llegado a la *litis contestatio*,[373] evitaría, de un modo indubitado, que el que litigó una vez volviera a interponer la acción, ¿cómo impedir, tratándose de *actiones populares*, que cualquier otro miembro de la comunidad ciudadana, reasumiendo el papel de actor, pueda incoar de nuevo la tramitación? La solución fue aportada por la *exceptio vulgaris*, que al considerar agotada la antigua pretensión vetaba a

---

[372] FADDA, C. (1894). *L´azione popolare. Studio de diritto romano e attuale. I: Parte storica, diritto romano* (*Studia Giuridica 26*) (pp. 357). Giappichelli.

[373] Tal *regula iuris*, que se sustancia en el aforismo *bis de eadem de re si actio* o *bis de eadem re agere non licet*, nos es rememorada por Quintiliano, *Inst. Orat*. 7, 6. Sobre su aparición en la jurisprudencia republicana, ver CORNIL, G. (1950). Une conjeture sur l´origine de la maxime "*bis de eadem re ne sit actio*". *Studi Bonfante* (pp. 35 y ss), 3. Fratelli Treves.

quicumque agere volet toda posibilidad de un segundo replanteamiento litigoso.[374] Ahora bien, la popularidad de esta acción, que se revela como atributo del *homo singularis* en cuanto miembro de la comunidad ciudadana,[375] no obsta para que el magistrado, si hay pluralidad de demandantes, atendiendo a las necesidades derivadas de las circunstancias concurrentes, elija al más idóneo, y éste sería normalmente el heredero o el pariente más próximo.[376] Hasta aquí el tenor literal del texto que, en este punto, con razón ha sido reputado de espurio por la crítica romanística.[377] En efecto, la intransmisibilidad activa es una lógica consecuencia del carácter *popularis* de la *actio positis* ya que *quivis ex populo*, cualquier persona, está legitimada para ejercitarla, con lo que la referencia explícita a su transmisión a los herederos o similares se nos antoja un añadido carente de razón.[378]

---

374 Sobre la denominada *exceptio vulgaris*, ver SCIALOJA, V. (1883). L´exceptio rei iudicate sulle azioni popolari. *Studi Giuridici*, *I*, 211.

375 A la polivalencia semántica del término *popularis* alude explícitamente CASAVOLA, en *Actiones populares*, cit., pp. 158 y ss.

376 Para DANILOVIC, J. (1974). Observations sur les "actiones populares". *Studi Grusso* (pp. 13 y ss), 6. Giappichelli : "Ce régime resultait des besoins concrets imposés par le nature des cas régles par les édits".

377 Así lo entienden: FADDA, *L´azione populare*, cit., pp. 175-176; CASAVOLA, F., *Studie sulle azione popolare*, cit., p. 166. Ya con anterioridad CODACI-PISANELLI, A. (1887). *Le azioni popolari* (p. 30). Jovene. Por el contrario, admite la sucesión en las *actiones populares* PAALZOW, H. (2010). *Zur lehre von den römischen Popularklagen* (pp. 43 y ss). ↱ Nabu Press.

378 Con todo, PALMIRSKI emplea una argumentación un tanto artificiosa para salvar la clasicidad del pasaje *heredi similibusque competit*. A su juicio, dado que tal legitimación solo sería ejercitable cuando el objeto permaneciese colgado o suspendido y no hubiese caído, es muy difícil aquí señalar al agraviado en el estricto significado de este vocablo y, lo que es más, para señalar al heredero que sería beneficiado del *positis vel suspensis*. A pesar de que el hecho de la

Que la acción pretoria por el *positis vel suspensis* sea anual se explica por su naturaleza penal e *in factum*. En efecto, según una regla atribuida a Casio, que Paulo nos transmite,[379] las acciones pretorias son limitadas en un año si son penales; son, por su parte, perpetuas si reipersecutorias La regla se halla enunciada en D. 44, 7, 35 pr (Paul. 1 *ad ed.*): "*In honorariis actionibus sic esse definendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum".*

La clasicidad de la máxima casiana ha sido pacíficamente admitida.[380] Su justificación radica en que en las acciones penales se busca principalmente una reparación del agravio en forma de sanción: la ejemplaridad del castigo es mucho mayor si su cumplimiento sigue rápidamente a la ofensa;[381] por tanto, a la general

---

responsabilidad *ex posito vel suspenso* se origina independientemente del daño, nosotros podemos hablar en este caso de mayor o menor interés del pueblo legitimado para interponer la acción (por ejemplo, una persona cuya propiedad o cuyo trabajo estuviese usualmente en la calle, si un objeto susceptible de causarle daño estuviese colgado encima de él, tendrá preferencia sobre los peatones accidentales). Entonces, la expresión "*heredi similibusque*" usada en 9, 3, 5, 13 podría ser entendida probablemente, olvidándonos de la posible interpolación de este pasaje, no como un círculo de gente legitimada *iure hereditario* sino como un grupo de personas más interesadas. Cfr. "Some remarks", cit. pp. 299-300.

379 "In buon latino", dice AMELOTTI, M., *Actiones perpetuae*, cit., p. 191.

380 Con todo, SIBER, H. (1928). *Römisches Recht* 2 (p. 227). Sack, ha señalado el error de transcripción de *darentur* por *dentur*, que sería lo formalmente correcto. Para VOCI, P. (1939). *Risarcimiento e pena privata nel diritto romano classico* (p. 100). Giuffrè, se trata únicamente de un nuevo descuido en la transmisión diplomática.

381 AMELOTTI emplea esta gráfica expresión para describir el carácter sumario de la ejecución de la sanción: "cuando essa é ancora fresca nella mente della vittima" (Cfr. *Actiones perpetuae*, cit., p. 187). Para MURGA, "aunque no es fácil hipotizar sobre su origen, tal vez la pena pudiera ser como el final evolutivo del antiguo

perpetuidad, acogida para las acciones reipersecutorias, se opone el carácter anual de las acciones penales pretorias.[382]

El *annus actionis* comienza a computarse desde que se tiene, por primera vez, la *potestas experiundi*. Es, según la doctrina tradicional, un año útil, no un año continuo;[383] el *tempus utile* implica la concreta posibilidad del actor de promover el juicio.[384] El cómputo del

---

rescate que debía satisfacer el ofensor a fin de librarse de la venganza permitida por los *mores* a la víctima o a su grupo familiar. Si ello fue así realmente, estas acciones penales vendrían a ser dentro de la historia jurídico-procesal como un paso intermedio entre los tiempos arcaicos de la venganza privada y la posterior intervención de la *civitas*, que, en su misión de administrar la justicia y realizar el Derecho, fue asumiendo para sí la tramitación procesal de las acciones" (Cfr. *Derecho romano clásico*, 2. *El proceso* [Universidad de Zaragoza, 1980] p. 231).

[382] Tal es, a mi juicio, el fundamento de la anualidad de las acciones penales pretorias. No cabe, por tanto, como hacen algunos autores, ligar la anualidad de las acciones penales al *annus imperii*, esto es, al año de ejercicio de la magistratura partiendo de I. 4, 12 pr: *nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium*. Ver, por todos, BERETTA, P. (1948-1949). L'annualità delle azioni pretorie nel dirito romano clasico. RISG, (2-3), 83 y ss. Para AMELOTTI, la frase en sí misma es de factura compilatoria "senza trovare riscontro nel testo di Gaio", el argumento del *annus imperii* se revela al autor como notoriamente insuficiente; las fuentes que lo refieren no pueden erigirse en exclusivas frente al silencio de textos más seguramente clásicos. Pero, sobre todo, de ser aceptado, comportaría que todas las acciones pretorias fuesen anuales, cuando existen numerosas excepciones (cfr. *ibid*., p. 208-209), y concluye en la p. 217: "Il ricollegamento delle azioni pretorie annali all'annus imperii altro non è che fantasia, e spero averlo dimostrato". A idéntica conclusión llega SCIALOJA, V. (1936). *Procedura civile romana* (pp. 349 y ss). Anonima Romanacon, abundante literatura respecto a la doctrina anterior.

[383] SAVIGNY, F. C. (1879). *Sistema del derecho romano actual* (pp. 176 y ss). Góngora.

[384] Sobre el *tempus utile*, ver UBBELOHDE, A. (1891). *Ueber die Berechnung des*

año se retrasará cuando la ocurrencia de impedimentos referidos a la persona del actor, del demandado o del magistrado obsten a lo *potestas experiundi*:

> D. 44, 3, 1 (Ulp. 74 ad ed.): *Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit experiundi potestatem habere. Et quidem in primis exigendum est, ut sit facultas agendi; neque sufficit res experiundi secum facere potestatem, vel habere eum, qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. Proinde sive apud hostes sit sive reipublicae causa absit, sive in vinculis sit, aut si tempestate in loco aliquo, vel in regione detineatur, ut neque experiri, neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. Plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est ut experiundi habet potestatem. Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui praetoris copiam non habuit proinde hi dies cedunt, quibus ius praetor reddit.*[385]

Transcurrido el año, el demandado podrá pedir la inserción en la fórmula de una genérica *exceptio annalis* que Lenel[386] reconstruye de esta forma: *Si non plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit*.

Por lo que respecta a la legitimidad pasiva, como es sabido, las acciones penales verdaderas y propias, es decir, las que tienen por contenido solamente la pena, no al mismo tiempo la *res* y la *poena* o el *quanti ea res est*, no se transmiten, ni siquiera en el derecho justinianeo, contra el heredero,[387] y ello es plenamente lógico debido

---

"tempus utile" der honorarischen Temporalklagen. Elwert; BIERMANN, J. (1892). Custodia und vis maior. *ZSS*, (13), 384 y ss.

[385] AMELOTTI, *Actiones perpetuae*, cit., pp. 211 y ss., hace un detallado análisis de estos obstáculos.

[386] LENEL, *op. cit.*, p. 505.

[387] Ver, por todos, ALBERTARIO, E. (1913). Notte sulle azioni penali e sulla loro transmisibilitá pasiva. *BIDR*, (26), p. 109. Se trata de acciones inspiradas en la

a que, por su carácter personalista, al pretender especialmente la sanción del culpable, no deben ser utilizadas más que contra el autor del delito, y nunca contra los herederos de éste, que normalmente nada habían tenido que ver con la comisión del delito.

Con respecto a este punto, conviene ahora detenernos en el examen de la hipótesis de la comisión del ilícito por un *servus*. Existe un planteamiento de este supuesto en D. 9, 3, 5, 6 (Ulp. 23 *ad ed.*) *Si servus insciente domino fecisse dicetur [aut noxae dedi iubedo*.[388]

Se subordinaba, por tanto, la concesión de la *actio noxalis* a la ausencia de la *scientia domini*.[389] Consecuentemente, si el esclavo actuó con desconocimiento del dueño procedía la acción noxal y, como es sabido, el titular de la *dominica potestas*, si resultaba probado el

---

idea de desagravio como la *actio iniuriarum*, la *actio de sepulchro violato*, et., cuya propia finalidad sancionadora limita el castigo al culpable y solo a él.

388 Para LENEL, O. (1889). *Palingenesia Iuris Civilis*, 2 (p. 551). Leipzig, nota 3, la lectura *aut noxae dedi iubedo* que propone Mommsen es imposible porque, explica en *EP*, p. 174, nota 11, "ein praetorisches *iubere dari aut noxae dedi* indet rechtstaat". En el mismo sentido se manifiesta GRADEWITZ, O. (1887). Spruchgebrauche des pratorischen Edikts. *ZSS*, (8), p. 257, que sugiere *aut defendi aut duci iubedo*. En contra, por buenas razones ("mit guten Grunden", según el propio Lenel, que en *EP*, p. 174, nota 11, revisa su postura) se pronuncia Wlassak, M., en cuya opinión cabe suponer que los compiladores, tras proceder a un trasvase literal del contenido del edicto de *effusis vel deiectis*, se percataron de que el *in iudicio aidiciam* carecía ya de sentido en su tiempo y de este modo lo sustituyeron por *aut noxae iubedo* (cfr. *Die Klassische Prozessformel mit Beitragen zur Kenntnis des Juristisberufes in der Klas. Zeit*. [Viena, 1933], p. 120.

389 Ver., sobre la *scientia domini*, PUGLIESE, G. (1953). Obligazione del capo familia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità. *Studi Albertario*, I (pp. 232 y ss). Giuffre; ALBANESE, B. (1967). Sulla responsabilità del "*dominus sciens*" per i delitto del servo. *BIDR*, (70), 119 y ss.; GIMÉNEZ CANDELÁ, T. (1980). Sobre la "*scientia domini*" y la acción de la Ley Aquilia. *IVRA*, (31), 129 y ss.

ilícito, podría optar en el momento de la *litis constestatio* por pagar la pena o proceder a la *noxae deditio servi*. En caso de que el esclavo cometiese el delito *sciente domino*, procedía ejercitar contra el dueño la acción penal directa, en el supuesto que nos ocupa, la *actio de positis*, sin que cupiera exoneración por *noxae deditio*.[390] Se trata, una vez más, de una extensión del régimen de la ley Aquilia, ya que, como dice Albanese (1967),[391] es más que probable que una expresa disposición del plebiscito aquiliano estableciera que el daño ocasionado por un esclavo *sciente domino* determinaba la *actio legis Aquiliae* directa contra el *dominus*. Con todo, y al igual que ocurre en el *damnus* aquiliano, basta la *scientia* meramente culposa, esto es, la *non prohibitio*, para que se pudiera dar la acción directa, ya que en este ilícito no se persigue el dolo.[392]

V. Condemnatio

De D. 9, 3, 5, 6 se infiere que la conducta ilícita estaba castigada con una multa de diez *solidi*. Sin embargo, según Lenel,[393] el texto originario del edicto establecería en este caso una multa de diez mil

---

[390] Convenimos con PUGLIESE, *ibid*., p. 273, que, en punto a la redacción de la fórmula, la *actio directa* se transforma en noxal "con la semplice aggiunta della clausila *aut noxae dedere*". En contra, GIMÉNEZ-CANDELA, T. (1981). *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal* (p. 396, nt. 39). Universidad de Navarra.

[391] ALBANESE, Sulla responsabilità del "*dominus sciens*", cit., p. 170, donde cita al respecto D. 9, 4, 2, 1 y 9, 2, 45. Análogas prescripciones se hallan en el edicto de *albo corrupto* (D. 9, 4, 3; D, 4, 4; D. 9, 4, 5; D. 9, 4, 7) y en el edicto *ne quis in suggrunda* (D. 9, 3, 5, 6; D. 9, 3, 5, 10). En el mismo sentido, DE VISSCHER, F. (1947). *Le régime romain de la noxalité* (pp. 326 y ss; 490 y ss).

[392] GIMÉNEZ-CANDELA, Sobre la "*scientia domini*", cit., p. 121.

[393] Ver, a este respecto, la nt. 3 de este trabajo.

sestercios. Esta opinión parece válida, considerando el hecho de que desde la mitad del siglo III a. C. los romanos cuantificaban el valor de sus propiedades en sestercios.[394] El problema de la estimación exacta de la extensión de la pena por la inobservancia del *edictum de positis ac suspensis*, especialmente en comparación con las fijadas para el edicto de *effusis* ha sido discutido. Algunos autores[395] asumen en este caso un importe de cien mil sestercios, como dice Giménez-Candela,

> una cantidad elevada para salvaguardar la seguridad pública con una prohibición de carácter preventivo, en la que, además, dada la dificultad de probar quien era el autor material del *positum*, se castigaba con una sanción rigurosa la simple posibilidad de un peligro, sin atender a que se produzca un evento dañoso.[396]

Con todo, esta asunción de una pena mayor que la aplicable al que causó daños es contradictoria. No sería lógico castigar el mero hecho de colocar un objeto en un lugar peligroso con una penalidad doble de la prevista para el edicto *de effusis* en el caso de muerte de una persona libre.[397] A mayor abundamiento, es evidente, tras la comparación del texto de ambos edictos, que la suma de diez *solidi* del *de positis* es cinco veces menor que la de las cincuenta áureos del *effusis*.[398] La entrada en circulación del *solidus aureus*, auspiciada por

---

[394] Acerca del fenómeno inflacionario en Roma, ver RODRÍGUEZ ENNES, L. (2014). Depreciación monetaria e inflación en la crisis del Bajo Imperio. *RGDR*, 22.

[395] Entre otros, PALAZZO, A. G. (1919). *Obbligazioni quasi ex delicto* (p. 99). Parma; GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 123.

[396] GIMÉNEZ-CANDELA, *Ibídem*.

[397] Nos adherimos plenamente a la postura sustentada en este punto por PALMIRSKI, Some remarks, cit., p. 194.

[398] Según LENEL, cit., p. 174, el equivalente a cincuenta mil sestercios que,

Diocleciano como instrumento capital de sus medidas antiinflacionarias, tuvo lugar decididamente con Constantino a partir del 311. Como dice D 'Ors (1963):

> el acontecimiento más importante del siglo IV, que dominó la historia de la centuria y aún de los que le siguieron, fue la aparición del *solidus* constantiniano, esto es, la difusión de la moneda de oro por todo el ámbito del Imperio romano.[399]

Merced a esta medida, fundamentalmente el siglo IV va a ser una época de progreso general en términos macroeconómicos. El juicio negativo de algunos historiadores se debe a que está inserto entre dos períodos dramáticos y porque la influencia de la política religiosa y de las fuentes cristianas favoreció una interpretación negativa de la realidad económica.[400]

Este progreso se va a apoyar en una moneda fuerte, el *solidus aureus*, implantada por Constantino, que pondría fin a la confusión monetaria del siglo III. El *solidus* pesaba 1/72 de libra y permaneció estable, salvo parcas excepciones, hasta la época bizantina. De hecho, se mantenía prácticamente sin cambios en el año 1070, cuando empezaron a aparecer muestras degradadas de esta moneda.[401]

---

manteniendo la misma proporción se corresponde con la quinta parte de los diez mil sestercios que se fijan para el edicto *ne quis suggrunda*.

[399] D'ORS, A. (1963). Un arbitrista del siglo IV y la decadencia del Imperio Romano. Cuadernos de la Fundación Pastor, (7), 41-69.

[400] BERNARDI, A. (1973). Los problemas económicos del Imperio Romano en la época de su decadencia. En C. CIPOLLA y otros (Dirs). *La decadencia económica del Imperio* (pp. 27 y ss). Alianza.

[401] WALBANK, F. W. (1978). *La pavorosa revolución. La decadencia del Imperio Romano en Occidente* (p. 104). Alianza.

VI. Evolución posterior

En el derecho visigodo no se encuentran indicios de estas acciones. Tampoco en el Fuero Real, cuyo libro IV trata del derecho penal, pero, pese a regular la reparación de daños, no alude a esta cuestión. Tampoco existe referencia alguna en el Espéculo, al que falta el libro IX, que presumiblemente estaría dedicado al derecho penal.[402]

Con todo, en las Siete Partidas fueron incorporadas las acciones *de effusis vel deictis* y la *de positis ac suspensis*, específicamente en la partida séptima, dedicada al ordenamiento punitivo y que contiene una norma casi idéntica a la del derecho romano, sobre todo en lo concerniente a la primera de ellas, puesto que en lo que atañe a la *actio de positis vel suspensis* se introduce una novedad importante. Su ámbito de aplicación se reduce exclusivamente a cosas que se suspenden o cuelgan en el ejercicio de algún comercio o industria. Aparte de la referencia a poco saludables prácticas del Bajo Medievo, las similitudes entre la redacción recogida en el código alfonsino y el texto latino son notables.[403] Reflejamos a modo ilustrativo la transliteración de la rúbrica de la ley XXV, título XV, partida VII, tal como lo propone Sánchez Arcilla (2004):[404] "Como el que echare de su casa huesos o estiércol en la calle debe pechar el daño a los que pasaren por allí". Empero, hay algunos cambios: desaparece la distinción entre hombres libres y esclavos, se adapta la moneda, etc.

---

[402] PÉREZ MARTÍN, A. (1992). La obra legislativa Alfonsina y el puesto que en ella ocupan Las Siete Partidas. *Glossae*, (3), 26; MARTÍNEZ DÍEZ, G. (1985). *Leyes de Alfonso X. Tomo I (Espéculo) edición y análisis crítico* (p. 2). Fundación Sánchez Albornoz.

[403] GREGORIO LÓPEZ, en una glosa ad h. l. escribe: "*concord. cum ed. de his qui effuderint vel deiecerint*" [Cfr. *Las Siete Partidas glosadas por el lic. Gregorio López*, III, (Universidad de Salamanca, 1555) p. 62].

[404] SÁNCHEZ ARCILLA, J. (2004). *Las Siete Partidas* (p. 944). Reus.

Con todo, se mantiene la presunción de responsabilidad objetiva de los moradores de la vivienda sobre los vertidos hechos a los lugares donde transitan personas siguiendo la misma fórmula empleada por los romanos: el doble para los daños materiales y una cantidad fija para el caso de muerte (cincuenta maravedíes de oro para los herederos, e igual cantidad para la Corona).

Por lo que respecta al edicto de *positis vel suspensis*, la rúbrica alfonsina es la siguiente: "Como los hostaleros que tienen colgadas algunas cosas a las puertas deben poner de manera que no hagan daño a otro".[405]

El texto, transliterado en la medida señalada, reza así:

> Cuelgan a las veces los hostaleros u otros hombres ante las puertas de sus casas algunas señales para que sean conocidas por ello, así como semejanzas de caballo o de león o can o de otra cosa semejante. E porque aquellas señales que ponen para esto están colgadas sobre las calles por donde andan los hombres, mandamos que aquellos que las ponen allí, que las cuelguen de cadenas de hierro o con otra cosa cualquiera. E por si ventura alguno tuviese la señal colgada, de guisa que sospechasen que podría caer o lo acusasen de ello o lo hallasen en verdad que podría caer o lo acusasen de ello o lo hallaren en verdad que podía caer e hacer daño, aunque no cayese no lo hiciese, mandamos que por la pereza que hubo en no la tener atada como debía, que peche diez maravedíes de oro; los cinco al acusador e los cinco a la cámara del rey.

A la vista de lo expuesto, queda claro que la normativa alfonsina respetó en su espíritu al modelo romano,[406] sin perjuicio de

---

[405] *Ibidem*.

[406] BARRIA DIAZ, R. (2018). Actio de *effusis vel deiectis* y *actio de positis vel suspensis*: antecedentes, contenido y proyecciones de la moderna responsabilidad contractual. *REHJ*, *XL*, 574 y ss.

la incorporación de algunos aportes originales y propios cual es la circunscripción del *positis vel suspensis* al ámbito hostelero. Como bien dice Tomás Martínez (2001):[407] "Esta resonancia de las fuentes justinianeas sobre la *actio de effusis vel deiectis*, es una muestra de la influencia que debieron tener sobre las Partidas, tal y como resulta de otros estudios hasta ahora realizados".[408] Lo relevante es —y en ello hago mías las palabras de Schipani— cómo ni el paso del tiempo, ni el desarrollo de la ciencia jurídica o la creatividad de los procesos codificados impidieron que estos edictos encontraran su lugar en los modernos códigos civiles.[409]

No obstante, *actio de effusis vel deictis* y la *posito vel suspenso* no corrieron la misma suerte en Francia. Domat (1777) rubrica la sección primera del Título VII del Libro segundo de sus Leyes Civiles: "De lo que fuere arrojado desde una casa, o de lo que estuviese colgado en ella de modo que pueda caer y causar algún daño", recogiéndose el espíritu de ambas acciones.[410] La primera redacción del *Code* dedicaba al *effusis vel deiectis* dos artículos,[411] situados inmediatamente después

---

[407] TOMÁS MARTÍNEZ, G. (2001). La responsabilidad del *habitator* en la *actio de effusis et deiectis* y su alcance actual (artículo 1910 del Código Civil). *IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberomericano de Derecho Romano. La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno* (p. 859). Universidad de Burgos.

[408] La propia Gema Tomás Martínez, en *ibid*. nt. 19, aporta sustanciosa bibliografía al respecto.

[409] SCHIPANI, S. (2009) "Il contributo dell´edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell´edictum ne quis in suggrunda cui principis della responsabilità civile del Corpus Iuris ai codici civile europei e latinomericani. *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale* (pp. 203 y ss). Giappichelli.

[410] DOMAT, J. (1777). *Les loix civiles dans leur ordre natural*, II (p. 65). Delalain.

[411] Artículo 16: "Si desde una casa habitada por varias personas, se arroja sobre un transeúnte agua o alguna cosa que cause daño, los que habiten en el departamento desde donde se ha arrojado son todos solidariamente responsables, a menos que

de la declaración general de responsabilidad por hecho propio contenida en lo que a la postre sería el artículo 1382.[412] Empero, durante la discusión del primitivo proyecto, los ponentes, quizás movidos por su cierta ignorancia de los antecedentes históricos,[413] rechazaron la incorporación de los dos preceptos de la primera redacción.[414]

Por lo que atañe a nuestros tratadistas de la etapa precodificadora, Aso y De Manuel[415] asumen en punto al delito la definición contenida en el Proemio de la séptima de las Partidas:

---

se conozca a quien lo tiró, en cuyo caso debe él en solitario la reparación del daño"; Artículo 17: "Los huéspedes que sólo están de paso en la casa desde donde la cosa ha sido lanzada, no responden del daño, a menos que se pruebe que son ellos los que la han arrojado; pero el que los hospede responde".

412 Los MAZEAUD atribuyen a dicha ubicación, el que los redactores del *code* no aquilatasen correctamente la importancia de dichas disposiciones, los tomaran por meras ejemplificaciones del artículo 1382 y en consecuencia inútiles y procedieran así a su exclusión del texto definitivo. Ver MAZEAUD, H., & L. (1934). *Traité Théorique et practique de la Responsabilité Civil*, I, (p. 310]. Recueil Sirey.

413 Son palabras de SALANOVA VILLANUEVA, M. (1999). Responsabilidad por daños causados por cosas arrojadas o caídas en derecho español y francés. *RDP*, (83), 368.

414 En la sesión del Conseil d´Etat de 2 de frumario del año 2, al discutirse los artículos 16 y 17 "M. Miot dice que el enunciado del principio es suficiente: los ejemplos deben ser eliminados" [Locré, cit., por MAZEAUD, *Traité*, cit. p. 310, nt. 2].

415 JORDÁN DE ASSO, I., & DE MANUEL RODRÍGUEZ, M. (1792). *Instituciones de Derecho Civil de Castilla* (p. 234), libro II, tít. XIX, cap. I. Imprenta de la Real Compañía. En todo caso, esta concepción del "hecho ilícito" y de la "intención de dañar" aparece reflejada en DELVINCOURT, E. (1819). *Cours de Droit Civil* (p. 214), III. Fournier: "Ce fait est licite ou illicite… Dans le second, il faut encorer distinguer: si le fait illicite a eté commis avec l´intention de nuire, il se nomme delit, s´il eté commis sans cette intention, il se nomme quasi-delit".

> Delito es: todo mal fecho, que se face á placer de una parte, é á daño, é a deshonra de la otra. Prol. de la part. 7. Si este mal fecho se executa con intención dañada, esto es, con dolo, es delito verdadero, al qual nuestras leyes comprehenden baxo nombre general de malfetria; pero si este hecho solo procede de una omisión, aunque culpable, se llama quasi delito.

En lo concerniente a la *actio de positis vel suspensis*, estos autores se limitan a constatar la responsabilidad de los posaderos por las cosas que tienen colgadas a sus puertas o ventanas en línea con la partida alfonsina: "Son también responsables del daño (…) los Mesoneros; u otros por el daño que causan a los pasajeros las cosas que tienen colgadas a sus puertas o ventanas".[416]

El proyecto de García Goyena (1852) va a seguir la línea del código napoleónico, tipificando únicamente la *actio de effusis vel deiectis*[417] y haciendo caso omiso de la de *positis aut suspensis*, a la que considera mera "medida de policía".[418] Posteriormente, el anteproyecto de 1882-1889 se encargó de reproducir la norma del proyecto isabelino, y todo ello cristalizó en el vigente artículo 1910 del Código Civil en cuyo tenor: "El cabeza de familia que habita

---

[416] *bidem*, p. 243-244.

[417] Artículo 1904: "Todo el que habita como principal una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojaren o cayeren de la misma."

[418] García Goyena, al comentar el precepto que nos ocupa, califica el supuesto de "materia de policía" y atribuye a tal circunstancia al hecho de que no encuentre correlato en los códigos civiles de la época: "Este artículo se halla colocado entre las faltas, y propiamente es materia de policía, números 22 y 30, artículo 482 del Código penal: tal vez por eso se echa de menos en los Códigos civiles modernos" (cfr. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, II [Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, a cargo de F. Abienzo, 1852] p. 971).

una casa o parte de ella, es responsable por los daños por las cosas que se arrojaren o cayeren de la misma".

En definitiva, la *actio de positis vel suspensis* va a dejar de estar presente en las modernas codificaciones civiles porque, como muy bien dice Zimmermann, "las regulaciones de policía y las reglas previstas en la legislación penal podían considerarse suficientes para incentivar a las personas para evitar conductas dañosas de esta especie".[419] Así las cosas, respecto de la *actio de positis vel suspensis* ha existido un reflejo penal como norma de policía en diversos códigos punitivos tipificada como falta.[420]

VII. Situación actual

Los delitos de peligro son figuras a las que por múltiples razones técnicas y político-criminales recurre con frecuencia cada vez mayor el legislador penal moderno y, coherentemente con tal tendencia ha ido creciendo la atención que les dedican la doctrina científica y la jurisprudencia. Probablemente Lackner (1967) no hubiera podido siquiera imaginar, cuando concebía que los delitos de peligro se

[419] ZIMMERMANN, R. (1996). *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (p. 10). Oxford University Press.

[420] El Código Penal de 1848, art. 482.21, establece: "El que tuviese en balcones, ventanas o azoteas u otros puntos exteriores de su casa tiestos u otros objetos, con infracción de las reglas de policía". En los mismos términos el de 1850, art. 495.18; el Código de 1870 varía algo la redacción, art. 599.8: "Los que tuvieran en los parajes exteriores de su vivienda sobre la calle o vía pública objetos que amenazaren causar daños a los transeúntes". Este precepto reproduce el art. 575.5 del Código Penal de 1932, el de 1944 (580.4) y el de 1973 (580.4). (Datos tomados de TOMÁS MARTÍNEZ, La responsabilidad del *habitator*, cit., p. 861).

habían extendido como una "mancha de aceite", convirtiéndose en el hijo predilecto del legislador, el grado de veracidad que cobraría su afirmación en años posteriores.[421]

Desde luego, como acabamos de demostrar con nuestro análisis del largo devenir histórico de la *actio de positis vel suspensis*, ni la existencia, ni el concepto de los delitos de peligro son una creación del legislador y de la doctrina contemporánea. En la segunda mitad del siglo pasado, especialmente a partir de los años 60, ante la creciente peligrosidad de la vida en esta "sociedad de riesgo", comienza a demandarse al derecho penal un adelantamiento de la protección que no espere a la producción del resultado sino que castigue las acciones peligrosas por sí mismas, desvinculándolas de un resultado lesivo.[422] Con todo, esta tipología delictiva dista mucho de

---

[421] LACKNER, K. (1967). *Gefädhrdungsdelik in Verkehrsstrafrecht* (p. 1). Berliner Juristischen Gesellschaft.

[422] RAMÍREZ MONTAÑÉS, T. (2004) *Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Colección Autores de Derecho Penal* (p. 22). Rubinzal-Culzoni. Ver también: KISS, A. (2011). *El delito de peligro abstracto*. Ad Hoc; MÁRQUEZ CISNEROS, R. (2016). *La conducción con una determinada tasa de alcohol. Un estudio sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto*. Marcial Pons. En nuestro derecho, basta una ojeada a las reformas legislativas de los últimos años y a los proyectos de reforma para constatar el importantísimo incremento de la presencia de delitos de peligro en ámbitos como el tráfico rodado [introducidos en el CP español por la Ley 3/19967 de 8 de abril, aunque con los precedentes de las Leyes especiales de 9 de mayo de 1950 y 24 de diciembre de 1962], la salud pública [En los últimos años tanto la doctrina como el legislador han prestado especial atención a los denominados "fraudes alimentarios nocivos", atención fundada en hechos como las intoxicaciones masivas, cuyo ejemplo más dramático fue el envenenamiento por aceite de colza]. El medio ambiente [Carente de protección penal en nuestro ordenamiento hasta la reforma de 1983 (LO 8/1983, de 25 de junio), por la que se introduce el artículo 347 bis)], las condiciones de seguridad en el trabajo [Protegidas penalmente a través del

ser una creación de la dogmática moderna, tal como creen muchos autores. Muy al contrario, como hemos tenido ocasión de señalar, los juristas romanos aceptaron sin objeciones la división en delitos de daño o lesión y delitos de peligro, tomando como base el grado de energía de la acción que provoca el deterioro del bien jurídico protegido. Si el resultado produce la destrucción total del bien o de un derecho, estamos ante la presencia de un delito de daño; si solo alcanza la posibilidad de producirlo, nos hallamos ante un delito de peligro. En el primer caso, se afecta directamente al interés tutelado; en el segundo, la acción se concreta al riesgo de deterioro. *Historia est magistra vitae*.

artículo 340 bis a, introducido por la reforma de 1983 (LO 8/1983), de 25 de junio)], la manipulación y transporte de sustancias peligrosas [La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, crea un nuevo 348 bis b, en el que se tipifica la infracción de las reglas de seguridad tanto a la manipulación, transporte… de sustancias peligrosas como en la construcción]… delitos que responden a la creciente necesidad de adelantar las barreras del derecho penal a estadios previos a la producción del resultado, para hacerla efectiva.

Quintiliano, el derecho de entender del cliente, la retórica y la formación de un buen abogado[423]

Gabriela Alonsoperez[424]

Resumen

El objetivo de este trabajo es comprender que es responsabilidad del abogado asegurar el derecho de entender que tiene el cliente, facilitando dicho derecho, elaborando escritos en lenguaje claro, formándose en la retórica con base en los principios establecidos por Quintiliano ("El primer requisito de la elocuencia es la claridad").

[423] El presente trabajo es una profundización de la ponencia "Quintiliano, la oscuridad del lenguaje jurídico y su impacto en las sentencias judiciales" presentada en el XI Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano, realizado en 2024 en UFLO Universidad. Se publicó en el libro *Estudio sobre Principios generales y Derecho Romano. Volumen 4* (Universidad de Flores, 2025), compilado por Mirta Beatriz Álvarez.

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

Es fundamental reconocer la importancia de la retórica en los estudios de todo abogado y resaltar la vinculación innata que existe con el derecho y la moral.

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

Así, tanto para el orador clásico como para el moderno es de suma importancia utilizar un lenguaje claro y evitar las estructuras que atentan contra dicha claridad. En este trabajo resaltaré la implicancia del no uso del lenguaje claro en los escritos presentados en un proceso judicial, que puede derivar en una desprotección de los derechos del representado, o incluso llegar a sentencias adversas a los intereses del cliente sin que éste comprenda el verdadero alcance de los efectos negativos que puede tener para la resolución de su caso. En el mismo sentido destacaré la responsabilidad del abogado orador que con actitudes soberbias y poco éticas afecta el prestigio de la labor profesional.

Palabras clave: Quintiliano; lenguaje claro; formación del abogado

I. Quintiliano y su obra

Marco Fabio Quintiliano (35 d. C. - 96 d. C.) nació en Calahorra y marchó a Roma donde, tras completar su formación, llegó a ser abogado. Alcanzó una buena reputación, por lo cual el emperador romano Vespasiano creó una cátedra de retórica 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, *Instituciones Oratorias*. Aunque es probable que durante la Edad

Media se conocieran algunos fragmentos, el texto completo no se utilizó hasta el año 1416, fecha en que fue descubierto en el monasterio de San Galo por el humanista italiano Poggio Bracciolini. Desde ese momento, su popularidad fue creciendo progresivamente y dicha obra formó parte de los planes de estudios de toda Europa.

Mientras estaba trabajando en su obra, su primogénito fallece, desgracia que se une a las muertes recientes de su esposa y de su otro hijo de cinco de años.

Su obra es la razón para seguir viviendo, y con ella ya no busca el provecho propio "sino que todo este esfuerzo mira a las muchas utilidades de los otros".[425] Los doce libros de las *Instituciones 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.

---

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

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

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

El Libro VII examina el plan organizativo del discurso.

Los libros VIII y IX explican los medios y los procedimientos del estilo: los tropos, las figuras y la *compositio*. Las principales cualidades del estilo oratorio son, según Quintiliano, la claridad, el orden y la precisión terminológica.

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

El Libro XI trata de la *memoria* y de la *actio.* La *memoria* permite la adaptación improvisada; la *actio* la estudia en todos sus aspectos: pronunciación, recitación, presencia, ademanes y gestos. Formula las tres finalidades del discurso: enseñar, mover y deleitar, y caracteriza los rasgos de sus respectivos estilos.[426]

Según María del Carmen García Tejera y José Antonio Hernández Guerrero, "a partir de Quintiliano la retórica concebida como el arte del bien (*pulchre*) decir, empieza a privilegiar los procedimientos estéticos y ornamentales del discurso sobre los recursos persuasivos y argumentativos".[427]

---

[426] GARCÍA TEJERA, M. C., & HERNÁNDEZ GUERRERO, J. A. (s.f.). Quintiliano (ca. 35-ca. 96 d.C). *Cervantes Virtual.* https://www.cervantesvirtual.com/portales/retorica_y_poetica/quintiliano/

[427] *Ibidem*.

Dichos autores señalan que

> El orador, según Quintiliano, debe ser capaz de "imaginarse" a sí mismo en la situación del oyente, de "simpatizar" con él. No puede conformarse con tratar de convencerle con argumentos racionales sino que, además, ha de emplear los recursos que exciten las emociones del oyente y lo muevan a adoptar una determinada actitud y a efectuar un coherente comportamiento.[428]

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

II. La retórica, Quintiliano y la formación del orador abogado

Según David Pujante (2005),

> Precisamente la retórica en el Imperio se orienta predominantemente a la preparación de los alumnos para la carrera del foro. Es la obra de Quintiliano, como ninguna otra, ya que data de la década del 90 d. C. Cristo, la que mejor nos ilustra sobre este giro práctico. Quintiliano como nadie, suministra un puesto de observación de privilegio de la época imperial, del ambiente que hay respecto a la retórica entonces. Su propio plan educador forma parte del pensamiento sobre la retórica en esos momentos.[429]

---

[428] *Ibidem*.

[429] PUJANTE, D. (2005). El abogado orador como emisor complejo: Una propuesta de Quintiliano con problemática proyección en el siglo XXI. *Revista de Investigación Lingüística, III*, 158-159. https://revistas.um.es/ril/article/download/6621/6421/0

Las *Instituciones Oratorias*, formadas por doce libros, constituyen el último tratado retórico de la Antigüedad. Su título significa "la educación del orador". La pregunta que se nos plantea es qué tipo de orador propone Quintiliano.

Henry-Irenee Marrou (1971), al referirse al orador presentado por Quintiliano, afirma que "no cabe duda de que el orador que él trata de formar está destinado, ante todo, al ejercicio de la abogacía, carrera con abundante clientela, dado el desarrollo del sistema jurídico en el Imperio romano".[430]

Según David Pujante,

> a final del tratado Quintiliano se empeña en dejarnos claro que con su educación no quiere conseguir simples abogados…Lo que él pretende, nos dice, es formar hombres de eminente inteligencia; defensores de los inocentes, castigo de los criminales y, por encima de esto, guías de las deliberaciones del senado, tranquilizadores de las multitudes, arengadores de los soldados, que hagan vivir en el pueblo las imágenes del deber, de la virtud y del valor.[431]

En el libro I, en el proemio de *Instituciones Oratorias*, Quintiliano señala:

> Formamos…un orador perfecto, el que no puede serlo no acompañándole las buenas costumbres: por donde no solo quiero que en el decir sea aventajado, sino en todas las prendas del alma; porque nunca concederé que eso de vivir bien y honestamente se ha de dejar, como algunos pretenden, para

[430] MARROU, H. I (1971). *Historia de la educación en la antigüedad* (pp. 370-371). Akal. 1971. https://cbibliotecavirtual.wordpress.com/wp-content/uploads/2017/07/historia-de-la-educacion-en-la-antiguedad-marrou.pdf

[431] PUJANTE, *op. cit.*, p. 161 https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/17971/1/6421.pdf

> los filósofos; como sea cosa cierta que el hombre verdaderamente político, acomodado para el gobierno público y particular, capaz de gobernar con sus consejos las ciudades, fundarlas con leyes y enmendarlas con los juicios, no es otro que el orador. Y así, aunque confieso que me valdré de algunas sentencias que se encuentran en los libros de los filósofos, resueltamente digo que éstas son obras nuestras y que pertenecen a la oratoria: porque ocurriendo muchas veces hablar de la justicia, fortaleza, templanza y otras virtudes semejantes, y tanto que apenas habrá causa alguna en que no se ofrezca alguna cuestión de éstas.[432]

El mismo autor en el Libro XII se refiere al orador "*Vir bonus dicendi peritus*" (XII. 1. 1) como hombre bueno (honrado), perito en el decir (que sabe hablar), dando cuenta de la importancia de ejercitarse en el pensar lo justo y situar en segundo lugar el esfuerzo en adquirir la técnica.

Este es, a mi entender, un gran aporte de Quintiliano en la formación de un buen abogado, siendo la moral el ingrediente esencial en todo el desarrollo de la labor profesional.

Este es el enfoque que pretendo plantear en este trabajo, descubriendo en la obra de Quintiliano las bases para la formación de un abogado que asuma la rectitud y la responsabilidad profesional en vistas de acompañar al cliente en el proceso judicial con honradez y valores éticos. Para ello, la utilización correcta del lenguaje se convierte en un aliado fundamental en la elaboración de los escritos judiciales.

En el Libro XII, Capitulo II, punto 1 de *Instituciones Oratorias* el autor señala:

---

[432] QUINTILANO, M. F. (1799). *Instituciones Oratorias.* https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/fffbc2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064_41.html#I_3_

> Supuesto que orador es lo mismo que hombre de bien y que en éste no se puede prescindir de la virtud, ésta, sin embargo de que recibe algunos impulsos de la naturaleza, debe con todo eso recibir su perfección de la enseñanza, y lo primero que deberá hacer el orador es arreglar sus costumbres con los estudios y ejercitarse en aprender la ciencia de la bondad y de la justicia, sin la cual ninguno puede ser ni hombre de bien ni elocuente.[433]

Siguiendo la idea de resaltar la formación del orador, Quintiliano insiste en la moral, la justicia y la honestidad.

En cuanto a la moral refiere: "También toda aquella parte de la moral que se llama ética es, sin duda alguna, acomodada al orador".[434]

Acerca de la honestidad y la justicia declara: "¿Qué modo hay de persuadir que no tenga que ver con el tratado de lo honesto?".[435]

La honestidad en la labor profesional del abogado es fundamental para asegurar vínculos de confianza con el cliente que delega en él la custodia de sus derechos.

Los escritos con lenguaje no claro, el uso abusivo de tecnicismos, la falta de coherencia producto del *copio y pego*, el mal uso de la inteligencia artificial, entre otras, obstaculizan la lectura e impiden la compresión de los escritos por parte del cliente. Muchas veces por confianza exagerada, por ignorancia, por extensión del texto o por miedo a preguntar, se firma sin tener en cuenta la relevancia que tiene ese acto en el proceso judicial.

Este acto inescrupuloso por parte del abogado, que abusa de la confianza del cliente, atenta contra los principios éticos y alienta el descrédito de la profesión.

Por otra parte, omitir información, expresar información falsa, o no chequear la información antes de comunicarlo al cliente, muestra la

---

[433] QUINTILIANO, *op. cit.*

[434] *Ibidem.*

[435] *bidem.*

irresponsabilidad de algunos profesionales que toman la labor como un simple trámite administrativo.

En cuanto al valor de la justicia Quintiliano afirma en el Libro XII, Capitulo II:

> Y acerca de la justicia, fortaleza, templanza y piedad, ¿no tendrá muchísimo que decir el orador? Pues aquel hombre de bien que tenga conocimiento de estas virtudes y no tan solamente de sus nombres y significados, y que hable de ellas no sólo de oídas, sino como quien las tiene impresas en su alma, tendrá un modo de pensar conforme a ellas, y de esta suerte no tendrá que fatigarse en discurrir acerca de ellas, sino que realmente hablará conforme a lo que conoce"[436]

El autor señala que el orador debe vivenciar estas virtudes para plasmarlas en su trabajo cotidiano, y no un conocimiento "de oídas" es decir simplemente referido a su significado. Transitar estas virtudes asegura la aplicación en el marco laboral.

Quintiliano también indica:

> Porque ¿qué materia puede hallarse más copiosa para hablar con gravedad y con afluencia que la de la virtud, de la república, de la Providencia, del origen de nuestras almas y de la amistad? Estas materias dan no menos elevación al alma que al discurso, y son los verdaderos bienes que moderan los temores, refrenan las pasiones, nos libran de las opiniones del vulgo y transforman nuestro corazón y lo hacen celestial.[437]

Y agrega: "Y no será orador perfecto sino el que supiere y tuviere valor para hablar con la virtud que corresponde".[438]

---

[436] QUINTILIANO, *op. cit.*

[437] *Ibidem*.

[438] *Ibidem*.

Así manifiesta la valentía que tiene que tener el orador abogado para actuar con justicia y sinceridad en las causas y en sus dictámenes.

III. La confianza, pilar de la relación abogado-cliente

Muchas veces la confianza en el sistema judicial se ve disminuida por la mala praxis de algunos abogados. Como expresan René Estalin Portilla Paguay, Johana Lisbeth Mafla Sánchez y Anthony Raúl Benalcázar Pozo (2024):

> Los abogados, al asesorar y representar a sus clientes, enfrentan una amplia variedad de desafíos legales, desde la resolución de disputas civiles y penales hasta la navegación de intricadas normativas empresariales y contractuales. Su labor se extiende desde la investigación y la elaboración de documentos legales hasta la representación en tribunales y la negociación de acuerdos.[439]

Y agregan dichos autores: "Además de sus habilidades técnicas, la praxis de los abogados exige un alto grado de ética y responsabilidad, ya que sus decisiones y acciones pueden tener un impacto significativo en la vida de sus clientes y en el funcionamiento del sistema judicial".[440]

El parecer de estos autores, idea que comparto, resalta la importancia de la responsabilidad y la ética en el ejercicio profesional

[439] PORTILLA PAGUAY, R. E., MAFLA SÁNCHEZ, J. L., & BENALCPAZAR POZO, A. (2024). Estudio jurídico sobre la regulación y consecuencias de la mala praxis legal. *Revista Dilemas Contemporáneos: educación, política y valores,* Edición Especial, https://dilemascontemporaneoseducacionpoliticayvalores.com/index.php/dilemas/article/view/4505/4338

[440] *Ibidem*.

de los abogados que con su mala praxis afectan los derechos legítimos del cliente y alimentan la percepción pública negativa hacia dicha profesión.

Por su parte, Jorge William Ordóñez Fernández (2020) expresa:

> La confianza es vertebral en una relación entre el profesional del derecho y su cliente. La confianza la da tanto el saber, es decir la ciencia y el conocimiento, así como la responsabilidad sobre lo que se sabe y conoce en la percepción de la realidad…que debe caracterizar al profesional del derecho de tal manera que no sea un mero repetidor de ciertos conocimientos.[441]

En esta relación jurídica el abogado debe captar el interés del cliente y redactar los escritos en virtud de dicho interés. Como expresa Ernesto Vargas Weil (2011):

> La causa que motiva la asistencia del letrado es siempre la persecución de un determinado interés por parte del cliente. Por lo tanto, resulta esencial que el cliente pueda confiar plenamente en que el abogado pueda comprometerse íntegramente con el interés perseguido para lo que es necesario que no tenga o defienda otro interés que esté en conflicto con el del cliente en cuestión.[442]

Vinculado con el derecho de entender que tiene el ciudadano, repetidas veces los abogados les presentan escritos a sus clientes con datos erróneos (en muchos casos por la mala utilización de la inteligencia artificial, por la práctica del copio y pego, etc.), incluyen

---

[441] ORDÓÑEZ FERNÁNDEZ, J. W. (2020). La formación integral de los abogados: el ejercicio ético y su responsabilidad social. *Revista Iuris, 17(*35), p. 56. http://revistas.santototunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/2036/1785.

[442] VARGAS WEIL. E. (2011). La relación jurídica cliente-abogado. *Derecho y humanidades,* (17), p. 63 https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/download/16975/17701

expresiones poco comprensibles para el común de las personas, o simplemente no tienen la debida coherencia literaria que exigen los escritos en los cuales se deben defender derechos y solicitar correctamente éstos.

Estas desinteligencias afectan la confianza de las personas que buscan un buen servicio de asesoramiento legal, llegando a perder legítimos derechos por fallas de su defensa delegada en estos profesionales, o por un error al solicitar los derechos que el cliente reclama.

Y, ampliando su análisis, Quintiliano en el Libro XII, Capitulo V, afirma:

> Pero de todas estas prendas la más excelente es una grandeza de corazón, a la que ni el temor abata, ni el ruido de las voces amilane, ni la autoridad de los oyentes detenga más de lo que requiere el respeto que se merecen. Pues al paso que son abominables los vicios que se oponen a estas prendas, cuales son la demasiada satisfacción, temeridad, malignidad y arrogancia, así también si falta la constancia, confianza y fortaleza, de nada servirá el arte, el estudio y la misma ciencia.[443]

En este apartado, el autor va más allá de las cuestiones técnicas y privilegia la bondad del orador abogado, su valentía y compromiso al servicio de la defensa de las personas.

IV. La arrogancia y la necesidad de los valores en la formación de los abogados

Siguiendo a Quintiliano, que señala como vicios la demasiada satisfacción, temeridad, malignidad y arrogancia, como así también

443 QUINTILIANO, *op. cit.*

la falta de constancia, confianza y fortaleza en el orador abogado, me referiré en especial a la necesidad de una formación integral y humanista del abogado que excluya disvalores como la arrogancia y la superioridad.

Señala Germán Arturo Cardona-Villa (2023):

> El paso por la universidad debe ser inspirador, gozar cada triunfo y aún más la derrota porque de estas últimas se aprende y se adquiere bagaje para saber que cada día debemos mejorar, tratar a todos como nos gustaría que nos traten a nosotros y como anotación especial, la arrogancia no es marketing y no la podemos confundir con la elegancia al vestir.[444]

Dicho autor refiere que

> a través de los tiempos, lastimosamente, los estudiantes o profesionales de la poderosa carrera de derecho, hemos cosechado una mala fama de arrogancia y petulancia, fama que de una u otra forma, compartimos con los médicos, dos hermosas profesiones que tienen relación directa con intereses personales con sus clientes; los médicos ayudan a recuperar la salud y a mejorar la calidad de vida, por otro lado, los abogados protegen derechos como la libertad y el patrimonio entre otros. (…) en nuestros días vemos la arrogancia profesional como símbolo de marketing.[445]

La arrogancia puede ser entendida como soberbia, altanería y un orgullo que ubica a la persona creyéndose superior a los demás y despreciando las opiniones de otros. Por tanto, la persona arrogante presenta un sentimiento de falta de consideración, lo cual se vuelve

---

[444] CARDONA-VILLA, G. A. (2023). La arrogancia de un abogado en Colombia durante su formación y en su profesión puede tomarse como insumo para su proyección laboral. *Lecturas Críticas*, (91), p. 7 https://doi.org/10.16925/gclc.49

[445] *Ibidem*, pp. 6-7.

muy peligroso cuando ese profesional es elegido para velar por los derechos de las personas. Nada más alejado de lo que recomienda Quintiliano para un orador abogado, quien resalta la modestia como cualidad que da al orador la mayor autoridad y crédito.[446]

Por ello, para asegurar los valores que debería tener un buen abogado, no solamente se debe formar académicamente sino también humanamente.

En consonancia con esta idea, Jorge William Ordóñez Fernández (2020) dice:

> Así se explica que la preparación debe ser integral tanto en las áreas básicas y de fundamentación como en los temáticos sociohumanísticos. Igualmente, quien forma está en la obligación de ser íntegro, de tener autoridad, ser mucho más que un simple transmisor de conocimientos…saber de su tema sin dejar de ser un humanista, ético, titular de principios y valores que lo cualifican, que le dan autoridad moral y que dignifican a la sociedad.[447]

Con todo, queda en claro que los docentes de los abogados deben alentar esta formación ética, moral y humanista que deben tener para el correcto desempeño de su profesión, sin detrimento de su formación académica.

V. La elocuencia, la claridad y la oscuridad que obstaculiza la protección de los derechos

Quintiliano en *Instituciones Oratorias*, Libro II, Capitulo III, afirma:

---

[446] QUINTILIANO, *op. cit.*

[447] ORDÓNEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 52-53.

> Pues la primera virtud de la elocuencia es la claridad. Vemos también que, cuanto más limitado es cada uno tanto (…) más intenta el empinarse, y ensalzarse: así como los de estatura pequeña se ponen de puntillas, y los de menos fuerzas echan más bravatas. Porque tengo por cierto que los que dan en hinchazón, los que tienen el gusto estragado y los que afectan delicadeza en el lenguaje o pronunciación, y todos los que adolecen de cualquier vicio de afectación, no tanto pecan por falta de esfuerzo, cuanto por falta de fuerzas: así como los cuerpos no se hinchan por la robustez, sino por falta de ella, y los que perdieron el camino derecho, de ordinario se alejan más de él. Y así cuanto más ruin sea el maestro, tanto más oscuro será en la explicación.[448]

Esta idea del hombre "ruin" que plasma Quintiliano se aleja del modelo bondadoso del abogado orador que él mismo describe. Víctor Alonso Rocafort (2008), analizando a Quintiliano, concluye en que éste señala que si la retórica es

> ciencia del bien decir (*bene dicendi 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 qué mayor beneficio para ésta que la formación de buenos ciudadanos.[449]

Así, Tasia Aránguez Sánchez manifiesta al referirse a Quintiliano:

> Este autor considera que podemos encontrar personas corruptas que dominan la retórica a la perfección, pero él se niega a darles el nombre de oradores, pues la honestidad insobornable en la defensa de los pleitos es una virtud esencial en el modelo de abogacía que persigue. No dará el nombre de oradora a una persona prevaricadora o corrupta. Incluso alguien que practique

[448] QUINTILIANO, *op. cit.*

[449] ALONSO ROCAFORT, *op. cit.*

> la abogacía de manera mediocre debe ser buena persona, con más razón aún debe serlo la persona abogada que aspire al modelo del orador ideal.[450]

Y agrega: "A pesar de ser muy consciente de las características de la abogacía, como es lógico, dado que el propio Quintiliano era un eminente abogado, éste defendió que el motivo principal que ha de inspirar a la abogacía ideal debe ser el amor por la justicia".[451] Finalmente, la autora concluye: "Vemos que el modelo ideal de la oratoria-abogacía clásica sostenía el inherente compromiso de la persona abogada con la ética".[452]

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 obscuridad principalmente debe evitarse en el contexto del lenguaje y en lo prolongado de él, que es de varias maneras. Por lo tanto, ni sea tan largo que se nos escape el sentido de la oración, ni tan pesado por el trastorno de las voces que haya hipérbaton. Pero lo peor de todo es la mezcla confusa de las palabras.[453]

Esta confusión en las palabras podría atentar contra la protección de los derechos del defendido por el orador.

A la vez, menciona: "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".[454]

---

[450] ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T. (2018). Ética de la virtud y profesiones jurídicas. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (12), p. 187 https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/download/12447/14051/15784

[451] *Ibidem*, p. 189.

[452] *Ibidem*, p. 187.

[453] QUINTILIANO, *op. cit.*

[454] *Ibidem*.

Respecto de la ambigüedad, Roberto Duque Roquero (2023) expresa:

> Escribir mal produce ambigüedad. Se abren diferentes maneras de interpretar el contenido. Los conceptos se ablandan. Las ideas se repiten. Hay que leer los párrafos más de una vez. Aparecen ramificaciones que luego se entrelazan y terminan por confundirse entre sí. Sean normas, contrataciones o juicios, su análisis puede volverse tormentoso hasta para el más curtido de los expertos.[455]

Por su parte Quintiliano expresa:

> Algunos amontonan palabras inútiles; los cuales, mientras huyendo del común modo de decir explican su pensamiento con mucho rodeo y verbosidad, movidos de una aparente elegancia, juntando y mezclando esta serie de palabras con otras semejantes, alargan tanto los períodos que no hay alentada que pueda seguirles. Otros hay que hacen estudio de no ser entendidos.[456]

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 abogado y afectar la protección legítima de los derechos al vaciar el contenido de la petición o alterar el sentido por una confusión al describir la situación del cliente.

Por tanto, para asegurar la compresión Quintiliano insiste:

> 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

[455] DUQUE ROQUERO, R. (2023, 9 de marzo). La realidad del lenguaje jurídico. *Nexos.* https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/la-realidad-del-lenguaje-juridico/.

[456] QUINTILIANO, *op. cit.*

> 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.[457]

VI. El abogado, la asesoría al cliente y el abogado orador de Quintiliano

Según Carlos Urenda Zegers (1985),

> el ejercicio de la abogacía no es solo un medio de ocupar el tiempo y ganarse la vida, es una forma de vivir. Exige imperiosamente identificarse con los clientes y con aquellos con quienes estos deseen entenderse o antagonizar, con colegas y jueces, hasta desentrañar sus más íntimos sentimientos, sumirse en las materias sometidas a su consulta hasta conocerlas en toda su extensión y profundidad, a lo menos en igual forma como las conocen o han vivido sus actores, y proyectarlas hacia el futuro con visión certera. En esta tarea ni el tiempo ni la dedicación tienen limites o grados de intensidad.[458]

El mismo autor agrega:

> A tiempo debe tomarse conciencia de la enorme responsabilidad que puede derivarse de un mal consejo o de una actuación equivocada, por falta de preparación para saber analizar y ejecutar el asunto consultado, o por falta de dedicación para entenderlo y realizarlo. Ello puede significar pérdidas irreparables a quienes confiaron en el abogado.[459]

---

[457] *Ibidem*.

[458] URENDA ZEGERS, C. (1985). El abogado y la asesoría. *Revista Chilena de Derecho, 12*, 591. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649542.pdf

[459] *Ibidem*.

Como señala dicho autor, para ser un buen abogado asesor hay que prepararse no solo intelectualmente, sino formarse moralmente para asumir el compromiso con el cliente.

Entre los deberes fundamentales del abogado para con su cliente está el de la fidelidad. Así, en el artículo 19, inciso a), del Código de Ética de Capital Federal se expresa: "Decir la verdad a su cliente, no crearle falsas expectativas, ni magnificar las dificultades, o garantizarle el buen resultado de su gestión profesional y atender los intereses confiados con celo, saber y dedicación".[460]

Por su parte el artículo 6 de las Normas de Ética Profesional de la Provincia de Buenos Aires indican:

> Veracidad y buena fe: La conducta del abogado debe estar garantizada por la veracidad y la buena fe. No ha de realizar o aconsejar actos fraudulentos, afirmar o negar con falsedad, hacer citas inexactas o tendenciosas, ni realizar acto alguno que estorbe la buena y expedita administración de justicia o que importe engaño o traición a la confianza pública o privada.[461]

Esto implica que el abogado debe comprometerse con el cliente en la búsqueda de un buen resultado acorde con los intereses jurídicos de éste. Por lo tanto, el error que dependa de su labor profesional debería ser reparado por el mismo abogado, asumiendo la responsabilidad propia de ese hecho.

Además, el artículo 1 de las Normas de Ética Profesional de la Provincia de Buenos Aires señala:

---

[460] COLEGIO PÚBLICO DE LA ABOGACÍA DE LA CAPITAL FEDERAL (2022). *Código de Ética de Capital Federal* https://new.cpacf.org.ar/noticia/5142/codigo-de-etica

[461] COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO (s.f.). *Normas de Ética Profesional de la Provincia de Buenos Aires* https://www.casi.com.ar/normas-de-etica-profesional/5

> Esencia del deber profesional. Conducta del abogado.
> El abogado debe tener presente que es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración; que su conducta ha de estar caracterizada por la probidad y la lealtad, y por el desempeño con dignidad de su ministerio; y que la esencia de su deber profesional es consagrarse enteramente a los intereses de su cliente, y poner en la defensa de los derechos del mismo su celo, saber y habilidad, siempre con estricta sujeción a las normas morales. La conducta profesional supone, a la vez, buen concepto público de la vida privada del abogado.[462]

Por lo expuesto, la estricta sujeción a las normas morales señaladas por el artículo es compatible con la idea del abogado orador de Quintiliano.

Quintiliano afirma en el Libro XII, Capítulo I: "Porque no solamente digo que el que ha de ser orador es necesario que sea hombre de bien, sino que no lo puede ser sino el que lo sea". Y agrega: "Cosa clara es que ningún necio podrá jamás llegar a ser orador".[463]

El mismo autor indica:

> Júntese a esto que un alma que no esté libre de todos los vicios no puede dedicarse al estudio de una facultad la más excelente. Lo primero, porque las cosas buenas y las malas no pueden hallarse juntas en un mismo corazón, y no es menos imposible a un alma sola pensar a un mismo tiempo lo mejor y lo peor, que a un mismo hombre el ser a un mismo tiempo bueno y malo. Lo segundo también, porque es preciso que el alma que está ocupada en cosa de tanta consideración, esté desocupada de todos los cuidados, aún de los indiferentes. Porque al cabo, de esta manera, no teniendo motivo

[462] *bidem.*

[463] QUINTILIANO, *op. cit.*

> para distraerse ni inclinarse a otra cosa, libre y desembarazada, atenderá solamente a aquello a que se dedica.[464]

Por otra parte, insiste en la idea: "Y si conviene que aún los medianos abogados tengan esta prenda que comúnmente se llama bondad".[465] Y define que "un hombre de bien no defiende sino los pleitos justos, y éstos bastante defensa tienen en la misma verdad, aun cuando les falte la instrucción en los preceptos".[466]

Sin embargo, menciona:

> Pero también es necesario dar reglas, y enseñar de qué manera han de tratarse las cosas que son dificultosas de probar. Porque muchas veces aun las mejores causas se parecen a las malas, y el reo que está inocente es acusado de muchas cosas que tienen apariencia de verdad; de donde resulta que debe ser defendido, observando en su defensa el mismo orden que si estuviera culpado. Además de esto, hay innumerables cosas que son comunes a las causas buenas y a las malas, como son los testigos, las escrituras, las sospechas y las opiniones. Y los hechos verosímiles se prueban y se refutan del mismo modo que los verdaderos. Por cuya razón se dirigirá el discurso, según el asunto lo requiera, conservando siempre una recta intención.[467]

A su vez, Quintiliano señala que el orador debe tener conocimientos de la filosofía, al resaltar en el Libro XII, Capítulo II, que "lo primero que deberá hacer el orador es arreglar sus costumbres con los estudios y ejercitarse en aprender la ciencia de la bondad y de la justicia".[468]

---

[464] QUINTILIANO, *op. cit.*

[465] *Ibidem*.

[466] *Ibidem*.

[467] *Ibidem*.

[468] *Ibidem*.

Asimismo, afirma que "es necesario entender a fondo los autores que dan reglas acerca de la virtud, para que la vida del orador se conforme con la ciencia de las cosas divinas y humanas".[469]

Además, expresa:

> Y acerca de la justicia, fortaleza, templanza y piedad, ¿no tendrá muchísimo que decir el orador? Pues aquel hombre de bien que tenga conocimiento de estas virtudes y no tan solamente de sus nombres y significados, y que hable de ellas no sólo de oídas, sino como quien las tiene impresas en su alma, tendrá un modo de pensar conforme a ellas, y de esta suerte no tendrá que fatigarse en discurrir acerca de ellas, sino que realmente hablará conforme a lo que conoce.[470]

VII. Quintiliano y el arte del bien decir

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

Esta mención al arte del bien decir —que menciona Alonso Rocafort (2008) — se vincula con el lenguaje claro que busca hacer comprensible las palabras utilizadas en el marco del ámbito 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

---

[469] *bidem*.

[470] *Ibidem*.

> la narración, pues, será clara si constando de palabras propias y claras, se evitaren las desusadas, indecorosas y extrañas. Si no se confundieren las circunstancias de las cosas, personas, tiempos y lugares y causas, y si todo se dijere con tanta claridad que al juez no le quede la menor duda.[471]

Y agrega 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".[472]

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

> No pretendo con esto que hayamos de cuidar solo de las palabras, antes quiero responder, o por mejor decir, desvanecer desde el principio la opinión de los que sin cuidarse de los pensamientos (que son como el alma de un discurso) se envejecen en el estudio de una vana algarabía de palabras que usan para dar hermosura a su razonamiento. Las palabras hermosean, es cierto, un discurso; pero esto ha de ser con naturalidad, no con afectación.[473]

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

Quintiliano, al referirse a la escritura, recomienda en el Libro X, Capítulo III, que:

> a saber: de qué manera se ha de escribir y qué es lo que más conviene que se escriba, comenzaré desde aquí a seguir el orden. Sea en primer lugar lo que se escribe una cosa hecha con esmero, aunque se tarde; busquemos lo más excelente, y no nos enamoremos inmediatamente de lo que se nos pone por delante; debe haber discreción en el inventar, y disposición en lo que se

[471] QUINTILIANO, op. cit.

[472] *Ibidem*.

[473] *Ibidem*.

> ha elegido como bueno. Debe hacerse elección de cosas y de palabras, y es necesario examinar el peso de cada una.[474]

En el mismo libro indica:

> Mas no solo el ejercicio, el que sin duda alguna sirve mucho, sino también el método contribuirá también a que podamos escribir mucho y con prontitud; esto es, que en lugar de tener levantada la cabeza mirando al techo y agitando con murmullo la imaginación, esperando lo que nos ha de ocurrir, reflexionaremos qué es lo que pide el asunto, qué conviene a la persona, cuál es la ocasión y cuál el ánimo del juez, poniéndonos a escribir de un modo racional.[475]

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

Así, el destinatario cliente podrá comprender el texto y de esta manera consultar a su abogado y disipar dudas sobre aquel. Asimismo, el juez podrá entender lo solicitado por el letrado que representa al cliente en protección de sus intereses.

VIII. La falta de claridad y el deber profesional

Muchas veces, y en especial en estos últimos años, por la utilización de la IA (inteligencia artificial) o por descuidos en la comunicación

---

[474] QUINTILIANO, *op. cit.*

[475] *Ibidem*.

entre el abogado y el cliente se producen daños concretos por la falta de claridad (pérdida de plazos, desconocimiento de obligaciones, imposibilidad de defensa, etc.). Me referiré a algunos casos que visualizan estas situaciones y cómo la justicia reconoce dichas faltas y sanciona a los profesionales.

El caso Giacomino, César Adrián y otros c/ Monserrat, Facundo Damián y otros s/ daños y perjuicios (CUIJ 21-11893083-2) de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario (Sala II), en agosto de 2025, tuvo su origen en un acuerdo transaccional extrajudicial celebrado el 10 de diciembre de 2024 entre los actores y una aseguradora por el cual esta última se comprometía a abonar $ 2.500.000 en un plazo de 90 días.

El juzgado de primera instancia entendió que el silencio de la aseguradora ante la intimación implicó incumplimiento, por lo que habilitó al actor a considerar "decaído el convenio" y a reactivar el proceso.

La Cámara confirmó esta interpretación, recordando que la transacción sin homologación judicial no puede ejecutarse como sentencia, por lo que, ante el incumplimiento, la parte actora estaba en condiciones de seguir con el juicio.

En este caso, los profesionales que asumen la defensa de la actora en sus presentaciones incluyen jurisprudencia en base a los resultados de un sistema de inteligencia artificial.

En la sentencia se expresa:

> 4. Al contestar agravios, la actora controvierte todos los argumentos de la recurrente, en pieza a cuyo contenido me remito en función de la dispensa contenida en el art. 244, inc. 3 del CPCC. Luego de solicitársele aclaración respecto de dos citas jurisprudenciales que incorporó en su escrito y que de acuerdo a su consideración le resultaban favorables, se retractó de las mismas debido a que le fueron proporcionadas por un sistema de inteligencia artificial y no pudo encontrarlas. Agrega en su reemplazo otras citas que no

pueden ser consideradas debido a que fueron extemporáneamente acompañadas cuando ya precluyó su derecho a postular.

5. Pasados los autos a resolver, y luego de analizados los argumentos de las partes, se advirtió que ciertas citas jurisprudenciales realizadas por el letrado de la actora no pudieron ser halladas pese a haberse realizado una búsqueda exhaustiva, razón por la cual se dictó una medida para mejor proveer, solicitando al letrado que identifique la fuente de tales citas. Al contestar el requerimiento, el letrado aclaró que utilizó un sistema de inteligencia artificial y que volcó el resultado encontrado de buena fe, de modo que resulta claro que las citas mencionadas no fueron chequeadas por tal curial.

Tal actitud, aún de buena fe, compromete la responsabilidad profesional del letrado no sólo ante el tribunal sino, especialmente, respecto de su cliente, existiera o no consentimiento informado que autorice el uso de chatbots con inteligencia artificial generativa, pues no puede haber consentimiento válido alguno que releve a un letrado de su deber de cotejar las fuentes en las que basa sus posiciones jurídicas.

En este sentido, entre las "Normas de Ética Profesional del Abogado" publicadas en la página web del Colegio de Abogados de Rosario, la segunda regla es la de "probidad", que "no importa tan sólo corrección desde el punto de vista pecuniario: requiere además lealtad personal, veracidad, buena fe. Así, por ejemplo, no debe... formular afirmaciones o negaciones inexactas, efectuar en sus escritos citaciones tendenciosamente incompletas, aproximativas o contrarias a la verdad".

Tengo para mí que es probable que el letrado haya actuado de buena fe (de esto es elocuente que haya citado un precedente inexistente que atribuye a esta misma Sala), pero esto no lo relevaba de su deber de cotejar celosamente las fuentes que proporcionaría al tribunal, máxime si recurrió a un sistema de inteligencia artificial generativa.

Es que este tipo de chatbots existen desde hace ya más de tres años, y no solo en sus términos y condiciones estos sistemas destacan que se trata de un sistema experimental y que sus resultados deben ser cotejados, sino que es ampliamente conocida la circunstancia de que, por esa misma razón, los

> resultados que ofrecen, en pos de satisfacer los requerimientos del consultante, incluyen aún y en muchos casos las denominadas "alucinaciones", y por ello, como ocurrió en el caso, aparecen fuentes lisa y llanamente inventadas. Por esta razón, y como ha sido ampliamente difundido, en otras latitudes se ha sancionado a letrados que incorporaron en escritos judiciales citas inexistentes que les fueron proporcionadas por estos chatbots, de modo que actualmente, y mientras los sistemas no se desarrollen al punto de no alucinar, es sumamente riesgoso y hasta temerario delegar la labor de búsqueda de jurisprudencia de soporte y luego volcarla sin cotejar la fuente, como aquí ocurrió.[476]

En el fallo también se agrega:

> 6. Volviendo sobre las citas que el letrado acompañó sin chequear en su pieza recursiva y que alega haberlo hecho de buena fe, por los motivos expresados supra y sin que esto implique una sanción por parte de este tribunal, corresponde hacer un llamado de atención al letrado en cuestión y, además, a fin de prevenir que este tipo de situaciones se generalicen en el fuero, anoticiar al Colegio de Abogados de Rosario del contenido de esta resolución a fin de que adopte las medidas que correspondieren, especialmente las enderezadas a poner en conocimiento a los colegiados acerca de la problemática y de los riesgos que implica la utilización de este tipo de herramientas sin chequear los resultados que ofrece en la labor de preparación de documentos que se presenten ante los tribunales.[477]

---

[476] CAMARA DE APELIACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE ROSARIO (SALA II), *Giacomino, César Adrián y otros c/Montserrat, Facundo Damián y otros s/daños y perjuicios.* Rosario, agosto 2025. https://sipla.ip.mpg.de/fileadmin/Files/Files/Giacomino_c._Monserrat.pdf

[477] CAMARA DE APELIACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE ROSARIO (SALA II), *op. cit*.

Por lo tanto, el juez resuelve:

> Por ello, RESUELVO: 1) Desestimar el recurso de nulidad y rechazar el de apelación y consecuentemente confirmar el auto recurrido, con costas a la perdidosa (arts. 251, CPCC). 2) Los honorarios profesionales se fijan en el 50% de lo que correspondan por la cuestión en la instancia anterior (art. 19, ley 6767). 3) Oficiar al Colegio de Abogados de Rosario a los fines de que tome conocimiento de la problemática suscitada por el uso irreflexivo de los resultados de consultas a chatbots con inteligencia artificial generativa.[478]

En este mismo sentido, otro caso es el de Martínez, José Luis c/ Peugeot Citroën Argentina S.A. y otra. s/ sumarísimo, Cámara Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y Minería, General Roca, 18 de septiembre de 2025, en el cual los jueces sancionan por utilizar jurisprudencia inexistente mediante el uso de la inteligencia artificial.

El caso se originó en la demanda de un comprador contra una concesionaria de autos de alta gama por los defectos de fábrica de un vehículo cero kilómetro. Al revisar la apelación el tribunal confirmó la condena contra la empresa, pero también detectó que ambas partes habían citado jurisprudencia inexistente generada por la inteligencia artificial.

En dicha sentencia se expresa:

> VIII. En este capítulo corresponden destacarse y tratarse las irregularidades detectadas en los escritos de agravios de la demandada DMX2 y de contestación de agravios de la actora.
>
> Estas irregularidades tienen que ver con las referencias de fallos que fueron detallados por ambas partes con citas que se transcriben textuales (entre

[478] *Ibidem*.

comillas) y que no pudieron ser halladas, pese a haberse realizado una búsqueda exhaustiva, incluso recurriendo a la Biblioteca del Poder Judicial y al propio Superior Tribunal de Justicia de la provincia.

Ante esta situación, se dicta una medida para mejor proveer en fecha 3/09/2025 solicitando a los letrados que identifiquen la fuente de tales citas.

Al contestar el requerimiento, el letrado de la actora sostiene que por un "error material de pluma o de redacción, en el escrito de contestación de agravios presentado en autos quedó transcripta cita jurisprudencial inexistente y errónea. Aclaro que lo dicho no altera en modo alguno el objeto de la contestación de agravios, tratándose de un error puramente formal. En virtud de ello, solicito se tenga por subsanado el error señalado y se tenga presente que la jurisprudencia allí copiada no integra el fundamento de la contestación de agravios".

Por su parte, el letrado de la codemandada responde que "tras una revisión del material citado en el escrito de expresión de agravios, esta parte reconoce que las citas indicadas en los puntos 1 a 6 fueron erróneamente atribuidas, ya que al intentar consultar la revista doctrinaria y jurisprudencial utilizada, no se pudo acceder a la misma para corroborar si efectivamente se correspondían a precedentes del STJRN ni otros tribunales nacionales (...) se solicita se tengan por retiradas las referencias jurisprudenciales mencionadas, sin perjuicio de mantenerse los fundamentos doctrinarios y normativos que respaldan los agravios allí desarrollados (...) se deja planteado que dicha rectificación no modifica sustancialmente el contenido de los agravios".

De la atenta lectura de los escritos en cuestión y de las citas que se han detallado en el proveído de fecha 3/09/2025 surge que, efectivamente, éstas no existen.

Es dable aclarar que en el escrito presentado por el letrado de la demandada se detectaron seis fallos inexistentes, tres del STJRN y tres de Cámaras Civiles; y en los escritos presentados por el letrado de la actora se hallaron veinte fallos, dieciocho del STJ RN y dos de esta Cámara de Apelaciones.

Esta situación debe llamar a la reflexión, pues si bien los letrados no lo han reconocido expresamente, resulta muy probable que hayan recurrido al uso de Inteligencia Artificial para elaborar sus escritos. Así, esta conducta, que

además estamos advirtiendo con cierta regularidad en presentaciones judiciales ante este organismo, incluso actuando de buena fe, compromete la responsabilidad profesional del/a letrado/a no sólo ante el tribunal sino, especialmente, respecto de su cliente, existiera o no consentimiento informado que autorice el uso de chatbots con inteligencia artificial generativa, pues no puede haber consentimiento válido alguno que releve a un/a letrado/a de su deber de cotejar las fuentes en las que basa sus posiciones jurídicas.

Y decimos que, aunque los letrados no lo han reconocido expresamente, se intuye en el caso el uso de la IA, pues si no fuera así y las citas y fallos fueran de su propia autoría, es decir llanamente inventados por los propios abogados en cuanto a las carátulas y contenido, esa conducta resultaría mucho más grave aún (estafa procesal), pues se intentaría inducir a error al Tribunal citando nada menos que precedentes del STJ que, como se sabe, constituyen doctrina legal obligatoria. Dispone el artículo 42 de la Ley 5731 que "Los fallos del Superior Tribunal, en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la ley, constituyen jurisprudencia obligatoria desde la fecha de la sentencia para los demás tribunales, Jueces y Juezas".

Las Normas de Ética Profesional del COLEGIO DE ABOGADOS GENERAL ROCA, en su art. 8 destacan la "ESENCIA DEL DEBER PROFESIONAL. CONDUCTA DEL ABOGADO. El abogado debe tener presente que es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración, que su conducta ha de estar caracterizada por la probidad y la lealtad, y por el desempeño con dignidad de su ministerio, y que la esencia de su deber profesional es consagrarse enteramente a los intereses de su cliente, y poner en la defensa de los derechos del mismo, celo, saber y habilidad, siempre con estricta sujeción a las normas morales. La conducta profesional supone a la vez, buen concepto público de la vida privada del abogado".

A su vez, el art. 13 establece "PROBIDAD. La probidad que se exige al abogado no importa tan sólo corrección desde el punto de vista pecuniario; requiere además lealtad personal, veracidad, buena fe. Así, por ejemplo, no debe aconsejar ningún acto fraudulento, formular afirmaciones o negaciones inexactas, efectuar en sus escritos citaciones tendenciosamente incompletas,

aproximativas o contrarias a la verdad, retener indebidamente documentos ni demorar la devolución de expedientes". Y el art. 15 remata: "VERACIDAD Y BUENA FE. La conducta del abogado debe estar garantizada por la veracidad y la buena fe. No ha de realizar o aconsejar actos fraudulentos, afirmar o negar con falsedad, hacer citas inexactas o tendenciosas, ni realizar acto alguno que obstaculizara la buena y expedita administración de justicia o que importe engaño o traición a la confianza pública o privada. Tampoco debe permitir ni silenciar las irregularidades en que incurran las personas que ejerzan funciones públicas o cargos privados".

Adoptando la postura más beneficiosa en relación a la actitud de los letrados, debemos decir que si bien el uso de los chatbots de inteligencia artificial generativa constituye una herramienta más que puede coadyuvar en el trabajo diario, sus resultados deben ser indefectiblemente cotejados debido a que, muchas veces para satisfacer los requerimientos del consultante, incluyen las denominadas "alucinaciones" y por ello aparecen fuentes lisa y llanamente inexistentes e inventadas. Es deber de los/as letrados/as y, en definitiva, de todos/as los/as operadores/as del sistema cotejar cuidadosa y responsablemente las fuentes de las citas en las que fundan sus posiciones, sean jurisprudenciales y/o doctrinarias, máxime si se utiliza un sistema de inteligencia artificial generativa.

Aunque no se aplicarán sanciones en esta instancia, sí corresponde hacer un severo llamado de atención a los abogados en cuestión por cuanto, grave es haber utilizado las herramientas de la IA sin el control responsable, pero más aún lo es el inventar deliberadamente fallos, citas y jurisprudencia en general que resultan inexistentes. Estas prácticas no pueden reiterarse debiendo adecuar en lo sucesivo sus conductas a las propias normas básicas de ética de la institución que los agrupa.

Estas reflexiones implican una clara advertencia a los letrados en este caso y a los/as operadores/as del sistema en general. Así, a fin de prevenir que este tipo de situaciones se generalice en el fuero, corresponde anoticiar al Colegio de Abogados de General Roca del contenido de esta resolución a fin de que adopte las medidas correspondientes para poner en conocimiento a los/as colegiados/as acerca de la problemática y de los riesgos que implica

la utilización de este tipo de herramientas sin controlar y chequear con suma responsabilidad y rigurosidad los resultados obtenidos, los que luego se vuelcan en los diferentes escritos que son presentados en los expedientes respectivos. Y, con mayor énfasis aún, analizar la gravedad de las conductas y la responsabilidad que cabe en atribuirse a su propia autoría la cita de fallos y contenidos jurisprudenciales inexistentes.

A esos fines entonces, y para generar conciencia, reflexionar y prevenir que estas prácticas se generalicen y normalicen en el ejercicio profesional, se librará oficio al Colegio de Abogados/as de General Roca.

Una sugerencia de buena práctica sería copiar el hipervínculo de la cita del/os fallo/s o doctrina que se detallen en los respectivos escritos judiciales a los fines de agilizar y comprobar su existencia, veracidad y relevar de responsabilidad profesional. Ello coadyuvaría también a dotar de mayor celeridad a la resolución de las causas.[479]

En su resolución la jueza dice:

RESUELVE:

I) Rechazar, en su mayor extensión, los recursos de apelación interpuestos por los codemandados, a excepción del daño extrapatrimonial que queda entonces cuantificado en la suma de $ 400.000 con más los intereses detallados en la sentencia de primera instancia para el rubro.

II) Por el recurso de la codemandada Peugeot Citroën, imponer las costas en un 10% a la actora y en un 90% a la demandada. Por el recurso de DMX2 S.A., imponer las costas en un 50% a la actora y en un 50% a la demandada (art. 62, segundo párrafo CPCC).

III) Declarar la inoficiosidad de las tareas realizadas en esta instancia por

[479] CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA Y MINERÍA – GENERAL ROCA, M.J.L. c/Peugeot Citroen Argentina S.A. y otra s/ sumarismo,18 de septiembre de 2025. https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/0000059690-original-6.pdf

> el letrado del actor Sergio D´agnillo y por el de la co-demandada DMX2 S.A., Nicolás Gatti, sin atribuir honorarios por su actuación.
> IV) Por el recurso de Peugeot Citroën, regular los honorarios de segunda instancia de las letradas, Lucía Fernández Urquizu y Celina B. Urquizu, en conjunto, en el 25%, respecto de lo que se regule por las tareas de primera instancia a esa representación letrada (art. 15 LA).
> V) Por el recurso de DMX2 S.A., sin asignar honorarios por lo expuesto en el punto III.
> VI) Formular un severo llamado de atención al letrado de la actora y al letrado de la codemandada DMX2 S.A. por los fundamentos expuestos en el considerando VIII.
> VII) Librar oficio al Colegio de Abogados/as de General Roca a los fines expuestos en el considerando.
> VIII) Cúmplase por Secretaría.[480]

El gran problema que se nos presenta hoy es que el abogado está perdiendo el arte del razonamiento jurídico. Construir un alegato supone una serie de acciones como seleccionar hechos relevantes, relacionarlos con las normas e interpretarlas para la aplicación en casos concretos, cotejar precedentes y proyectar posibles resultados. Todas ellas nos permiten argumentar en defensa de los intereses del cliente.

Como expresa Quintiliano en el Libro IV, Capítulo II,

> ni tampoco se ha de entender a la letra lo que dejamos dicho, que cuando está el juez enterado de la cosa se ha de omitir su narración. Debe entenderse cuando no solo sabe la cosa, sino del modo que nos acomode. Porque no mira únicamente la narración a enterar al juez, sino mucho más a que sienta como queremos.[481]

---

[480] *Ibidem*.

[481] QUINTILIANO, *op. cit.*

Y agrega:

> La narración, pues, será clara si constando de palabras propias y claras, se evitaren las desusadas, indecorosas y extrañas. Si no se confundieren las circunstancias de las cosas, personas, tiempos y lugares y causas, y si todo se dijere con tanta claridad que al juez no le quede la menor duda.[482]

En los casos presentados se reprende a los abogados por haber incorporado en sus escritos citas jurisprudenciales inexistentes, generadas por la inteligencia artificial y nunca verificadas. Tal conducta compromete la responsabilidad profesional del letrado no solo ante el tribunal, sino frente al cliente.

Así, la mala praxis de los abogados por uso irresponsable de instrumentos como la IA, que requiere cotejar las fuentes antes de darlas como veraces, afecta sustancialmente la confianza de las personas que buscan un buen servicio de asesoramiento legal afectando legítimos derechos del cliente. Además, se genera una falta de claridad en la presentación de la defensa, confundiendo al tribunal en la resolución del caso.

Por tanto, a mi entender, la sanción de estos profesionales debe ser ejemplar para evitar que éstos actúen irresponsablemente.

A la vez, considero que los jueces deben tener en cuenta estas situaciones y articular algún recurso jurídico que le dé oportunidad a la persona afectada por la actitud equívoca del profesional, otorgándole otra instancia que le permita al cliente ejercer la correcta protección de su derecho. Se debe promover la ética y la responsabilidad en la práctica sancionando fuertemente a los abogados que incurran en mala praxis en sus funciones.

---

[482] *Ibidem*.

IX. Conclusión

Quintiliano se refiere al orador abogado como hombre bueno y resalta la moral como ingrediente esencial en el desarrollo de la labor profesional. El autor afirma: "También toda aquella parte de la moral que se llama ética es, sin duda alguna, acomodada al orador".

La moral, la justicia y la honestidad en la labor profesional del abogado son fundamentales para asegurar vínculos de confianza con el cliente que delega en él la custodia de sus derechos.

Los escritos con lenguaje no claro, el uso abusivo de tecnicismos, la falta de coherencia producto del copio y pego, o la utilización incorrecta de nuevas tecnologías como la inteligencia artificial, entre muchas otras, obstaculizan la lectura e impiden la comprensión de los escritos por parte del cliente. Al mismo tiempo, pueden inducir a errores a los jueces a los cuales se les presentan dichos escritos. Muchas veces por confianza exagerada, por ignorancia, por extensión del texto o por miedo a preguntar se firma sin tener en cuenta la relevancia que tiene ese acto en el proceso judicial. En ocasiones, el abogado irresponsable no chequea debidamente la información tergiversando los intereses del cliente y cometiendo daños que pueden ser irreparables para la custodia de los derechos. Estas falencias en el ejercicio de la profesión distan mucho del modelo propuesto por Quintiliano.

El abogado orador que perfila Quintiliano se caracteriza por ser inteligente, sabio y elocuente, formado no solo en lo técnico sino principalmente en la virtud. En las palabras del autor, "y no será orador perfecto sino el que supiere y tuviere el valor para hablar con la virtud que corresponde". También señala que el orador abogado debe vivenciar las virtudes de justicia, fortaleza, templanza y piedad, y tener un modo de pensar conforme a ellas.

Por último, Quintiliano insiste en la necesidad de la grandeza de corazón y se opone a los vicios entre los cuales menciona la demasiada satisfacción, temeridad, malignidad y arrogancia, como así también la falta de constancia, confianza y fortaleza.

El abogado se debe preocupar por el derecho de entender que tiene todo cliente y esto se logra mediante una comunicación clara, que es la mejor defensa para la ciudadanía. Toda actitud engañosa, omisiva o poco responsable por parte de los profesionales atenta contra ese derecho y desprestigia la profesión. Por tanto, en mi opinión, se debe sancionar disciplinariamente y económicamente a los letrados que incurran en esta conducta para lograr una actitud ética y responsable en la práctica legal.

Por todo esto, el lenguaje claro se constituye en una pieza fundamental que facilita la comunicación abogado-cliente, fortalece la confianza entre ambos y asegura la efectiva protección de los derechos.

X. Bibliografía

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

ARANGUEZ SÁNCHEZ, T. (2018). Ética de la virtud y profesiones jurídicas. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (12), 189. https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/download/12447/14051/15784

BIBLIOTECA DEL CONGRESO ARGENTINA (s.f.). *Leer nos hace libres.* https://bcn.gob.ar/lectura-accesible/leer-nos-hace-libres

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA Y MINERÍA - GENERAL ROCA. M.J.L. c/Peugeot Citroen Argentina S.A. y otra s/sumarismo. 18 de septiembre

de 2025. https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/0000059690-original-6.pdf

CÁMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE ROSARIO (SALA II), Giacomino, César Adrián y otros c/Montserrat, Facundo Damián y otros s/daños y perjuicios. Rosario, agosto 2025. https://sipla.ip.mpg.de/fileadmin/Files/Files/Giacomino_c._Monserrat.pdf

CARDONA-VILLA, G. A. (2023). La arrogancia de un abogado en Colombia durante su formación y en su profesión puede tomarse como insumo para su proyección laboral. *Lecturas Críticas*, (91), p. 7 https://doi.org/10.16925/gclc.49

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

COLEGIO PÚBLICO DE LA ABOGACÍA DE LA CAPITAL FEDERAL (2022). *Código de Ética de Capital Federal.* https://new.cpacf.org.ar/noticia/5142/codigo-de-etica

COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO (s.f.). *Normas de Ética Profesional de la Provincia de Buenos Aires.* https://www.casi.com.ar/normas-de-etica-profesional/5

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

FEDERAL PLAIN LANGUAGE GUIDELINES (s.f.). https://www.plainlanguage.gov/guidelines/audience/

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

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

MARROU, H. I. (1971). *Historia de la educación en la antigüedad* (pp. 370-371). Akalpag. https://cbibliotecavirtual.wordpress.com/wp-content/uploads/2017/07/historia-de-la-educacion-en-la-antiguedad-marrou.pdf

ORDÓÑEZ FERNÁNDEZ, J. W. (2020). La formación integral de los abogados: el ejercicio ético y su responsabilidad social. *Revista Iuris, 17*(35), 56. http://revistas.santototunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/2036/1785

PLAIN. *Plain Language Association International (s.f.).* https://plainlanguagenetwork.org/plain-language/que-es-el-lenguaje-claro/

PORTILLA PAGUAY, R. E., MAFLA SÁNCHEZ, J. L., & BENALCPAZAR POZO, A. (2024). Estudio jurídico sobre la regulación y consecuencias de la mala praxis legal. *Revista Dilemas Contemporáneos: educación, política y valores,* Edición Especial, https://dilemascontemporaneoseducacionpoliticayvalores.com/index.php/dilemas/article/view/4505/4338

PRIETO DE PEDRO, J. (1996). Lenguaje Jurídico y Estado de Derecho. *Revista de Administración Pública*, (140), 111-129. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17313.pdf

PUJANTE, D. (2005), El abogado orador como emisor complejo:

Una propuesta de Quintiliano con problemática proyección en el siglo XXI. *Revista de Investigación Lingüística, III*, 158-159 https://revistas.um.es/ril/article/download/6621/6421/0

QUINTILIANO, M. F. (1799), *Instituciones Oratorias. https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/instituciones-oratorias--0/html/fffbc2d6-82b1-11df-acc7-002185ce6064_42.html#I_16_*

STAIANO, N. (2021). El lenguaje claro como garantía de una comunicación eficaz entre el Estado y la ciudadania. *Cuadernos del INAP*, Año 2, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cuinap59.pdf

URENDA ZEGERS, C. (1985). El abogado y la asesoría. *Revista Chilena de Derecho, 12*, 591 https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649542.pdf

VARGAS WEIL, E. (2011). La relación jurídica cliente-abogado. *Derechoyhumanidades*, (17), 42-73. https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/download/16975/17701

Venire contra factum proprium non valet: del aforismo latino a la doctrina de los actos propios en el derecho argentino[483]

Mirta Beatriz Álvarez[484]

I. Introducción

En el presente trabajo se analizará el aforismo *venire contra factum proprium non valet.* Primeramente, señalaremos las diversas formulaciones que se admiten, para luego dar cuenta de su origen en el derecho romano a través de los fragmentos más conocidos. A continuación, nos referiremos a la aparición del brocardo con los glosadores y posglosadores.

---

[483] El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "Una mirada romanista a la reglas y principios del Código Civil y Comercial de la Nación. Segunda Parte", que la autora dirige en UFLO Universidad.

[484] Profesora Titular de Derecho Romano de las facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y de UFLO Universidad. Investigadora categorizada en el sistema nacional. Directora del Centro de Investigaciones romanísticas de UFLO Universidad. Vicepresidenta de AIDROM (Asociación Iberoamericana de Derecho Romano) y socia fundadora y presidenta emérita de ADRA (Asociación de Derecho Romano de la República Argentina). ORCID: https://orcid.org/0009-0000-1930-7879

En el derecho intermedio, indicaremos el caso contemplado en la Ley de la Siete Partidas. Luego trataremos la aparición como doctrina en el derecho argentino por obra jurisprudencial y su recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación.

La buena fe es la razón de su incorporación, y aunque diferentes, también el motivo del adagio "nadie puede alegar su propia torpeza" y de la teoría de la apariencia.

Palabras clave: *venire contra factum propio;* actos propios; derecho romano; derecho argentino

II. Diferentes formulaciones del *venire contra factum proprium*

La formulación *venire contra factum proprium non valet* es la acogida por los *Concilia* de Decio, pero el adagio admite variadas formulaciones,[485] tales como:

Venire contra proprium factum nulli conceditur
Nemini liceo adversus sua facta venire
Non concedit venire contra factum proprium
Proprium factum nemo impugnare potest
Adversus factum suum quis venire non potest
Nemo potest contra factum proprium venire
Nemo contra factum proprium potest

[485] CORRAL TALCIANI, H. (2010). La raíz histórica del adagio *venire contra factum proprium non valet*. *Cuadernos de Extensión Jurídica*, (18), Venire contra factum proprium. *Escritos sobre la fundamentación, alcances y límites de la doctrina de los actos propios*, 19-33.

III. Los textos romanos

Los textos que se citan al referirse al tema son:

1) Ulpiano, D. 1. 7. 25 pr. El del padre que quiere dejar sin efecto la emancipación de su hija una vez fallecida, alegando que la emancipación no se realizó cumpliendo con todas las formalidades. El objetivo de esta impugnación es hacer caer el testamento de la hija. Sin embargo, en un artículo muy completo, el profesor Bernardo Periñán (2020)[486] sostiene y fundamenta que, para los compiladores, el fragmento situado en D. 1. 7. 25 pr. se centra en la emancipación y sus efectos definitivos, sin pretender la fijación de doctrina alguna sobre los actos contrarios, en consonancia con la rúbrica que acompaña al título VII del libro primero del Digesto.

2) Celso, D. 8. 3. 11. La cesión de un derecho de servidumbre que pertenece a varias personas no puede ser desconocido por aquellos que la han otorgado, a pesar de que aún no se haya obtenido la cesión por todos los titulares del derecho, pues ello es contrario a la equidad. Rodríguez Montero (2023)[487] se ocupa detalladamente de este fragmento y sostiene que la cuestión, así como los efectos y condiciones requeridas en los actos de constitución de servidumbres en forma separada por

[486] PERIÑAN, B. (2020). La doctrina de los actos propios y el Derecho Romano: una propuesta de lectura de D. 1, 7, 25. *Revista Internacional de Derecho Romano*, *1*(24), 1-40. https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18151

[487] RODRÍGUEZ MONTERO, R. (2023). El aforismo *venire contra factum proprium nulli conceditur* y el artículo 597 del Código Civil Español. *Iustel, Revista General de Derecho Romano*, (40). https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9017538.

los condóminos, aparece tratada tanto en D. 8. 3. 11 como en D. 8. 4. 18.

3) El fragmento que figura en D. 50. 17. 75, atribuido a Papiniano, es el primer intento de generalización del criterio de la inadmisibilidad de contravenir un acto propio y pertenece al período de la compilación justinianea del siglo VI, y concretamente a los autores del Digesto.[488]
El último de los títulos de los cincuenta libros de esta obra (título XVII del libro 50) lleva por nombre *De diversis regulis iuris antiqui*, esto es, "De las diversas reglas del derecho antiguo". En este título los autores de la compilación insertaron un párrafo tomado de la obra de Papiniano denominada *Libro Tertio Quaestionum*, en su formulación breve y aparentemente general: "*Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam*".
La regla se traduce como "Nadie puede cambiar su voluntad

[488] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2022). A propósito de algunas reglas jurídicas romanas, *regulae iuris*, aplicadas como principios generales del derecho por la jurisprudencia. (RI §425107). *Iustel, Revista General de Derecho Romano*, (38), sostiene: "La regula *iuris* romana de la que procede este principio, 'a nadie se le permite ir en contra de sus propios actos', y que se contiene en D. 50. 17. 75, *nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam*, 'nadie puede actuar contra su declaración de voluntad para perjudicar a otro', se configura como una concreción del principio de buena fe…, que debe informar toda relación jurídica y constituye un límite al ejercicio de los derechos subjetivos". Y agrega: "Que protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio en el sentido de implicar la vinculación del autor de una declaración de voluntad, generalmente de carácter tácito, al sentido objetivo de la misma, y de imposibilitar la adopción con posterioridad de un comportamiento contradictorio, por considerarse un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes, *venire contra factum proprium*".

en perjuicio de otro". Conforme sostiene Corral Talciani,[489] no parece que la intención original de Papiniano haya sido formular una regla de aplicación general.

El hecho de que los compiladores del Digesto la hayan tomado del libro de Questiones induce a pensar, por el contrario, que se trataba de una afirmación suscitada por la solución de un caso particular.

Relacionando otros textos tomados del libro de Questiones, es posible conjeturar que Papiniano, al analizar el cambio de opinión estaba pensando en el hijo emancipado al cual el derecho pretorio le reconoce la *bonorum possessio,* incluso contra *tabulas* (contra el testamento de su padre).

En la Palingenesia[490] el fragmento se encuentra en el Libro III de las Questiones de Papiniano cuyo título es *De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus* al referirse al menor de 25 años en la parte central del fragmento 90.

4) Neme Villarreal (2003)[491] cita a Bonchorst que ilustra el sentido de la regla de D. 50. 17. 75 con varios ejemplos, tales como a) la sentencia del juez que ha producido un derecho en favor de quien triunfó en el juicio y luego ya no puede el juez revocarla, pues tal revocación perjudicará a la parte beneficiaria del fallo (Ulpiano, D. 42. 1. 55); b) El que aceptó una herencia no puede repudiarla, pues la adición de la herencia ha completado

[489] CORRAL TALCIANI, *op. cit.*, pp. 19-33.

[490] LENEL, O. (2007). *Palingenesia Iuris Civilis*, Volumen I (p. 818). Marcial Pons.

[491] NEME VILLARREAL, M. (2003). *Venire contra factum proprium.* Prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe. En *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de Rectoría 1963-2003*, Tomo III (pp. 11-56). Universidad del Externado de Colombia.

la fuerza del testamento y en virtud de ella, el heredero ha quedado obligado para con los legatarios y acreedores (C. 6. 31. 4); c) el legatario al que se le ha dejado un legado facultando a elegir entre varias cosas, una vez que haya efectuado la elección, ya no puede arrepentirse y pretender que se le dé otra cosa diversa de la elegida (Paulo, D. 30. 1. 5); d) quien confesó en juicio no puede invalidar su confesión (Papiniano, D. 39. 5. 29. 1).

IV. Glosadores y posglosadores

Corral Talciani (2010)[492] sostiene que los textos romanos, especialmente Ulpiano D. 1. 7. 25 y Celso D. 8. 3. 11, fueron objeto de análisis y construcciones conceptuales por la Escuela de Bolonia y la nueva ciencia jurídica liderada por canonistas, glosadores y comentaristas.

Los glosadores van afirmando la idea que no es posible contradecir los actos propios. Ellos redactan tratados que tienen por objeto coleccionar y explicar reglas jurídicas generales a las que se las llama *Brocarda*.[493]

La regla de los actos propios aparece entre los brocardos recolectados por el jurista Azón, quien concibe la teoría y las excepciones a su aplicación.

Posteriormente, los comentaristas Bartolo de Sassoferrato y Baldo

[492] CORRAL TALCIANI, *op. cit.*, p. 19-33.

[493] *Ibidem*. "El historiador italiano Francesco Calasso sostiene que los brocardos eran uno de los instrumentos por medio de los cuales los glosadores se procuraban a sí mismos para adquirir un dominio sobre el entero *Corpus Iuris* y, al mismo tiempo, un proceso preparatorio que debía permitirles una visión unitaria del sistema jurídico".

de Ubaldi contribuyeron a la formulación de lo que se llamará "doctrina de los actos propios".

V. Derecho intermedio

Las Siete Partidas no reproduce el texto de Papiniano que recogía el Digesto en el Libro 50, en la Partida 7, que se refiere a las reglas de derecho.

Sin embargo, encontramos al menos dos casos: en la Partida 6, Título 8, Ley 6, que se refiere al caso de quien consiente alguna disposición de un testamento en que lo hubiesen desheredado, no puede luego querellar el testamento, y en la Partida 3, Título 31, Ley 10, que reproduce el texto de Celso (D. 8. 3. 11) sobre constitución de servidumbres por varios condóminos.

VI. Código de Vélez y Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Mar del Plata (1983)

VI. 1. Código de Vélez

Sostienen Alterini y López Cabana (2001)[494] que

> aceptado el principio que veda obrar actos que resulten incoherentes respecto de otros anteriores, la observación del sistema global del derecho positivo demuestra que, en múltiples situaciones, la solución legal expresa

[494] ALTERINI, A., & LÓPEZ CABANA, R. (2001). La virtualidad de los actos propios en el derecho argentino. La Ley, 984-A, 877, RCyS2021-IV, 287.

no es más que una aplicación de ese principio. (…) Tal sucede cuando la conducta anterior del sujeto implica por sí misma una manifestación de voluntad jurídicamente relevante: p. ej., en los *facta concludentia* directos (art. 1876, Cód. Civil) o indirectos (art. 1146, Cód. Civil); en la promesa de recompensa (art. 2536, Cód. Civil); en las promesas de donación o legado para constituir fundaciones (art. 5º, ley 19.836 —Adla, XXXII-D, 4986— y art. 3735, Cód. Civil); en el pacto comisorio, una vez elegida la vía resolutoria (art. 1204, Cód. Civil, y art. 216, Cód. de Comercio *in fine*); en la oferta a término o irrevocable (art. 1150, 2ª parte, Cód. Civil); o cuando se la computa a los fines interpretativos (art. 218, inc. 4º, Cód. Com.). (…) Otras veces la conducta incoherente con otra anterior tiene prevista su propia consecuencia jurídica: p. ej., la responsabilidad por incumplimiento contractuales (arts. 506. 508, 511, 1197, Cód. Civil), o la responsabilidad precontractual; la *exceptio doli*; la confirmación tácita (arts. 1059 y 1063, Cód. Civil); la renuncia, en la cual la abdicación del derecho es congruente con la voluntad del renunciante, en tanto la regla *venire contra factum proprium* puede ser opuesta aún contra esa voluntad.

VI. 1. IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil[495]

En las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Mar del Plata en 1983, la Comisión N°8 cuyo tema fue "La Doctrina de los actos propios" concluyó lo siguiente:

> 1) El principio jurídico que desestima pretensiones contradictorias respecto de conductas anteriores se plasma en la regla *venire contra factum proprium non valet*.

[495] *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil: sistematización de sus conclusiones (1927-2022)*, Buenos Aires, La Ley-Universidad Austral, 2024, pp. 75 y ss.

2) Dicha regla encuentra fundamento en la buena fe objetiva, en la doctrina de la apariencia, y en otros institutos jurídicos de cuño semejante.
3) No es invocable cuando la ley regula la solución expresa para la conducta objetivamente contradictoria, sea impidiéndola o permitiéndola, o en general cuando la variación de esa conducta está justificada por las circunstancias del caso, o hay intereses sociales prevalentes.
4) El pedido de desestimación de la pretensión posibilita la aplicación de oficio de la regla *venire contra factum proprium non valet* en razón del *iura novit curia*, si no hubiera menoscabo para el derecho de defensa en juicio.
5) Los requisitos de su aplicación son los siguientes:
   a) Una situación jurídica preexistente;
   b) Una conducta del sujeto, jurídicamente relevante y eficaz, que suscite en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro;
   c) Una pretensión contradictoria con dicha conducta, atribuible al mismo sujeto.
6) Es invocable como defensa y también para fundar en ella la existencia de un derecho.
7) El retraso desleal en el ejercicio de un derecho está comprendido dentro de la admisibilidad propia de la figura.

La doctrina de los actos propios ha tenido importante aplicación en la jurisprudencia argentina y sus requisitos han sido desarrollados por numerosos doctrinarios, entre los que cabe destacar a Alejandro Borda (1998)[496] y Marcelo López Mesa (2005, 1997, 2007),[497] este

[496] BORDA, A. (1998). *La teoría de los actos propios* (pp. 135-136). Abeledo Perrot.
[497] LÓPEZ MESA, M. (2005). *La doctrina de los actos propios.* Reus; LÓPEZ MESA, M. (1997). *La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia.* Depalma; LÓPEZ MESA (2007). *La doctrina de los actos propios y su importancia práctica en el derecho argentino y español. Proyecciones de la misma en Latinoamérica. Principales aspectos y requisitos de aplicación*. Disertación del 10 de septiembre del 2007 en el marco del V Congreso Iberoamericano de Derecho Civil en

último uniendo la doctrina con su aplicación como camarista en Trelew en múltiples fallos.

Afirma López Mesa (2009)[498] que

> existe consenso en la doctrina y jurisprudencia argentina y comparada sobre que los presupuestos para la aplicación de esta doctrina son los siguientes:
> 1. Una situación jurídica preexistente.
> 2. Una conducta del sujeto, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, que suscite en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro.
> 3. Una pretensión contradictoria con esa conducta atribuible al mismo sujeto.
> Cuando están prima facie reunidos los presupuestos de aplicación de la herramienta, debe analizarse si se cumplen acabadamente los requisitos para su empleo; ellos son:
> 1. Los actos expresivos de la voluntad del supuesto sujeto voluble deben ser inequívocos respecto de su alcance y de la intención de crear o modificar un derecho.
> 2. La contradicción con el acto anterior debe ser palmaria.
> 3. La voluntad inicial no debe haber estado viciada.
> 4. La voluntad plasmada en el primer acto, que luego se pretende contradecir, debe haber sido libre, pues si hubiera sido coaccionada de algún modo, no se aplicaría a este caso la doctrina del *venire contra factum*.
> 5. Debe darse la identidad de los sujetos que actúan y se vinculan en ambas conductas.
> 6. La juridicidad de la primera conducta.

Cartagena, Colombia.

[498] LÓPEZ MESA, M. (2009). *La Doctrina de los Actos Propios: Esencia y requisitos de aplicación*. Universitas, (119), 89-222. https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14492

VII. Código Civil y Comercial de la Nación

Compartimos la opinión de que no sería necesario regular específicamente la doctrina de los actos propios, porque surgiría, en el ordenamiento argentino actual, del artículo 9 del Código Civil y Comercial que se refiere al principio de buena fe y que impacta en toda la normativa del Código.

Sin embargo, el Código Civil y Comercial de la Nación recepta expresamente la doctrina de los actos propios en el artículo 1067, ubicado en el Capítulo 10, Interpretación, Sección 5°, Título II "Contratos en general" del Libro Tercero "Derechos Personales". El artículo enuncia: "Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisible la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto".

Sostienen Herrera, Caramelo y Picasso (2015)[499] que "

> la coherencia entre la conducta previa y los actos posteriores de un contratante es expresión del respeto de …(la) buena fe y por ello deben ser desestimadas las manifestaciones y conductas autocontradictorias (…) El principio que veda ir contra los propios actos al que se refiere la norma, tiene tradición jurídica entre nosotros y se incorpora ahora expresamente al derecho común. Su fundamento se asienta en la confianza que la conducta anterior ha generado, según el sentido objetivo que de ella se desprende, confianza en que quien la ha emitido, permanecerá en ella (…) Para que la conducta anterior pueda considerarse contradictoria con la actual, ella debe partir del mismo sujeto y ser jurídicamente relevante, esto es, no viciada, vinculada con la misma relación jurídica de que se trate y a algún aspecto importante de ella.

[499] HERRERA, M., CARAMELO, G., & PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado,* Tomo III (p. 456). Infojus.

Por su parte, Lorenzetti (2015)[500] afirma que

> la convergencia entre tutela de la confianza y buena fe, se proyecta en lo concerniente al acto propio, explicitado ahora en la última parte del artículo 1067 (…). La tipificación resulta acertada y se vincula con las justificaciones con las cuales se ha sustentado, tanto en la buena fe, como en la confianza, o en ambos estándares del Derecho Privado.

En el mismo sentido se pronuncia Bueres (2014)[501] al indicar que con la vigencia del Código de Vélez y ante la falta de una normativa puntual y como derivada de la buena fe, se podía sostener como límite al ejercicio de los derechos subjetivos la teoría de los actos propios, que estaba pacíficamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia argentinas y podía ser utilizada en el ámbito de la interpretación de los contratos: "El Código Civil y Comercial de la Nación recepta normativamente esta teoría para ser utilizada a los fines de darle sentido y alcance a la voluntad de las partes y fija como regla de comportamiento al interpretarse un contrato, la lealtad y la confianza recíprocas".

VIII. Comparaciones

VIII. 1. Con la regla "nadie puede alegar su propia torpeza"

La máxima "nadie puede alegar su propia torpeza" y la doctrina de

[500] LORENZETTI, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado,* Tomo VI (p. 134). Rubinzal Culzoni.

[501] BUERES, A. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación, Analizado, comparado y concordado,* Tomo I C (p. 612). Hammurabi.

los actos propios son principios relacionados, pero con enfoques diferentes. Ambos buscan evitar que alguien se beneficie de su propia mala conducta o contradicción.

Entre sus semejanzas, podemos enumerar que ambos buscan la coherencia y la buena fe en las relaciones jurídicas, se basan en la idea de que la conducta previa de una persona crea ciertas expectativas en los demás y puede operar como límite al ejercicio de derechos.

"Nadie puede alegar su propia torpeza" se enfoca en la ilicitud, mientas que la doctrina de los actos propios se enfoca en la incoherencia.

Como indica Díez Picasso (2010),[502]

> la inadmisibilidad de contradecir el acto propio, proviene de las exigencias de la buena fe y de la regularidad del tráfico jurídico, mientras que la privación de una pretensión por una actuación dolosa o ilícita es propiamente una sanción. En el caso de los actos propios, nos encontramos con una norma con una finalidad eminentemente protectora, mientras en la regla que nadie puede alegar su propia torpeza, nos enfrentamos a una norma sancionadora.

VIII. 2. Con la teoría de la apariencia

Con respecto a la comparación entre la doctrina de los actos propios y la teoría de la apariencia, Salah Abusleme[503] afirma que

---

[502] DIEZ PICASSO, L., citado por CORRAL TALCIANI, *op. cit.*, p. 19-33.

[503] SALAH ABUSELME, M. (2008). Las doctrinas de los actos propios y de la protección de la apariencia: una mirada comparativa. *Revista de Magister y Doctorado de la Universidad de Chile*, (2). https://rmdd.uchile.cl/index.php/RMDD/article/view/18681

ambas doctrinas se fundan en la existencia de una tensión entre dos actos o hechos que pueden perjudicar a una de las partes de una relación jurídica o a terceros. En el caso de la apariencia, una tensión entre la realidad y la apariencia y en el caso de los actos propios una tensión entre una conducta pasada de una persona y su conducta posterior materializada en sentido opuesto. En este caso, se protegerá la coherencia entre las conductas realizadas en el pasado y las que se realizan con posterioridad.

En la doctrina de los actos propios se instará a la no ejecución de una conducta, en cambio en la doctrina de la apariencia, se instará a que se respete una situación originaria.

Ambas doctrinas son una manifestación del principio de buena fe que se especifica en la confianza en virtud de la cual una de las partes de una relación jurídica o un tercero actúa de buena fe, respecto de las apariencias o de las actuaciones pasadas de un sujeto.

Para determinar si una conducta se encuentra protegida por las doctrinas de los actos propios o de la protección de la apariencia, se debe considerar la buena fe en un sentido objetivo, considerándose la buena fe subjetiva como el límite a su aplicación.

Como se deduce de lo expuesto, en todos los casos, aunque diferentes, está en juego la buena fe.

IX. Conclusión

Del recorrido realizado podemos concluir que el *venire contra factum proprium* tiene su origen en algunos casos puntuales en el derecho romano, se convierte en brocardo con los glosadores y posglosadores y llega como doctrina de los actos propios a las legislaciones modernas y a la jurisprudencia. Esta doctrina encuentra su fundamento en la buena fe.

Como señala Neme (2003),[504]

> este vital desarrollo de la regla, como compleja emanación del principio de la buena fe, nos permite tomar conciencia de la importancia de la misma en el momento actual, en el que la lealtad a la palabra empeñada, la coherencia, la protección de la confianza, la seguridad jurídica y el equilibrio, se erigen en elementos esenciales para la convivencia social.

X. Referencias

ALTERINI, A., & LÓPEZ CABANA, R. (2001). La virtualidad de los actos propios en el derecho argentino. La Ley, 984-A, 877, RCyS2021-IV, 287.

BUERES, A. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación, Analizado, comparado y concordado,* Tomo I C. Hammurabi.

Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil: sistematización de sus conclusiones (1927-2022), Buenos Aires, La Ley-Universidad Austral, 2024, pp. 75 y ss.

CORRAL TALCIANI, H. (2010). La raíz histórica del adagio *venire contra factum proprium non valet*. *Cuadernos de Extensión Jurídica*, (18), Venire contra factum proprium. *Escritos sobre la fundamentación, alcances y límites de la doctrina de los actos propios*, 19-33.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2022). A propósito de algunas reglas jurídicas romanas, *regulae iuris*, aplicadas como principios

[504] NEME VILLARREAL, *op. cit.*, pp. 11-56.

generales del derecho por la jurisprudencia. *Iustel, Revista General de Derecho Romano*, (38).

HERRERA, M., CARAMELO, G., & PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado,* Tomo III. Infojus.

LENEL, O. (2007). *Palingenesia Iuris Civilis*, Volumen I. Marcial Pons.

LÓPEZ MESA, M. (2005). *La doctrina de los actos propios.* Reus.

LÓPEZ MESA, M. (1997). *La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia.* Depalma.

LÓPEZ MESA (2007). *La doctrina de los actos propios y su importancia práctica en el derecho argentino y español. Proyecciones de la misma en Latinoamérica. Principales aspectos y requisitos de aplicación*. Disertación del 10 de septiembre del 2007 en el marco del V Congreso Iberoamericano de Derecho Civil en Cartagena, Colombia.

LÓPEZ MESA, M. (2009). *La Doctrina de los Actos Propios: Esencia y requisitos de aplicación*. Universitas, (119), 89-222. https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14492

LORENZETTI, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado,* Tomo VI. Rubinzal Culzoni.

NEME VILLARREAL, M. (2003). *Venire contra factum proprium.* Prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe. En *Estudios de derecho civil, obligaciones y*

contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de Rectoría 1963-2003, Tomo III. Universidad del Externado de Colombia.

PERIÑAN, B. (2020). La doctrina de los actos propios y el Derecho Romano: una propuesta de lectura de D. 1, 7, 25. *Revista Internacional de Derecho Romano*, *1*(24), 1-40. https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18151

RODRÍGUEZ MONTERO, R. (2023). El aforismo *venire contra factum proprium nulli conceditur* y el artículo 597 del Código Civil Español. *Iustel, Revista General de Derecho Romano*, (40). https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9017538.

SALAH ABUSELME, M. (2008). Las doctrinas de los actos propios y de la protección de la apariencia: una mirada comparativa. *Revista de Magister y Doctorado de la Universidad de Chile*, (2). https://rmdd.uchile.cl/index.php/RMDD/article/view/18681

De la intención común al ajuste equitativo de intereses[505]

Laura Bierzychudek[506]

Resumen

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina plasma en un capítulo específico las normas de interpretación de los contratos en general, considerando, para ello, la intención común de las partes, la literalidad de los términos y el ajuste equitativo de los intereses de las partes. Similares disposiciones se observan en otros códigos de Latinoamérica. Por su parte, dentro del *Corpus Iuris Civilis* encontramos los siguientes fragmentos: Paulo D. 32. 25. 1 y D. 32. 69. pr: "Cuando no hay ambigüedad en los términos, no se debe admitir

[505] El trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "Una mirada romanista a las reglas y principios del Código Civil y Comercial de la Nación. Segunda Parte", con sede en la Facultad de Derecho de UFLO Universidad y dirigido por la Prof. Mirta Beatriz Álvarez.

[506] Abogada (egresada con Diploma de Honor, UBA). Magister en Sistema Jurídico Romano y Derecho de la Unificación (Universitá di Tor Vergata, Italia). Ayudante de segunda en Derecho Romano (Cátedra: M. Álvarez, Facultad de Derecho, UBA). Investigadora externa en proyectos de investigación en UFLO Universidad.

la cuestión de interpretar la voluntad"; y Papiniano D. 50. 16. 219: "Se determinó que en las convenciones se atienda a la voluntad de los contratantes más bien que a las palabras". Consecuentemente, se observa una amplia tradición jurídica en las normas vigentes hoy en Argentina, con canales comunicantes hacia los restantes códigos latinoamericanos.

I. Introducción

El capítulo 10, título II, Libro III, referido a la interpretación de contratos en general, del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, comienza con el artículo 1061, el cual codifica la "intención común de las partes" como pauta de interpretación; continúa con el artículo 1062, que hace referencia a la "literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad"; y el artículo 1065, que establece que "cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideración las circunstancias de la celebración, la conducta de las partes y la naturaleza y finalidad del contrato". Finalmente, cierra el capítulo en el artículo 1068, con la referencia al "ajuste equitativo de intereses", para el supuesto de contratos onerosos (los subrayados son míos).

Nos preguntamos entonces: ¿sería posible sostener que el capítulo, en su artículo 1062, parte de una definición de *ius* como "lo justo", propia del derecho romano arcaico, mientras que finaliza con la idea del *ius* como "búsqueda de una solución de justicia", según el derecho clásico? Claro que, como estamos en el marco de una codificación, también podríamos observar, a través de una mirada postclásica, el aspecto mandatorio de la norma que otorga fuerza legal a dichas pautas de interpretación y, de tal manera, cómo se acerca el *ius* a "lo justo obligatorio".

En efecto, este capítulo del nuevo Código Civil y Comercial de

Argentina, que ya cuenta con diez años de vigencia, ha captado mi atención porque da cuenta de la amplísima tradición jurídica de nuestro derecho, desde Roma hasta Latinoamérica. Así, las distintas etapas del desarrollo del análisis de *verba* y *voluntas*, por un lado, y del *ius civile* e *ius honorarium*, por el otro, han quedado grabados en este capítulo, como los anillos de los troncos de los árboles.

II. Fuentes romanas: evolución

II. 1. Fuentes jurídicas

Corresponde, entonces, comenzar con una revisión de la Ley de las XII Tablas (450 a. C.), primero, y, luego, del *Corpus Iuris Civilis* (565 d. C.), porque en este último se han receptado diversos fragmentos referidos a la interpretación. Para sistematizar esta evolución, seguimos a Burdese (1998), quien ha hecho referencia a la interpretación típica, la interpretación individual, la interpretación objetiva y a las características propias de la edad postclásica.[507]

En efecto, durante la edad arcaica, como resultado del formalismo negocial propio de esta etapa, los efectos jurídicos del negocio devienen del cumplimiento de los requisitos formales requeridos en cada caso, prescindiendo de la efectiva voluntad de los sujetos involucrados. La actividad interpretativa se reduce, consecuentemente, a atribuir a la declaración formal un significado objetivo.

En ese sentido, la Ley de las XII Tablas dispone que cuando se realice un nexo o una emancipación, lo que se declare verbalmente de forma solemne, sea derecho (en latín: *ita ius esto*) (Tabla 6.1).

---

[507] BURDESE, A. (1998). *Manuale di Diritto Privatto Romano* (pp. 191 y ss). 4° edición. Utet Giurídica,.

Di Pietro (2001), dentro de las distintas acepciones de la palabra *ius*, explica que, en la época primitiva, el término *ius* se puede definir como "lo justo", considerando el carácter fuertemente ritual de los actos y negocios jurídicos, así como el antiguo procedimiento de las *legis actiones.*[508]

Posteriormente, Burdese se refiere a la interpretación individual, donde tiene lugar la búsqueda de la voluntad efectiva, aunque la transición comienza desde la edad preclásica, en particular con relación a los negocios propios del *ius gentium* e inspirada por el criterio de la buena fe. En este momento, se observa aquello que el sujeto efectivamente ha querido al momento de celebrar el negocio. El traspaso de la interpretación típica a la individual se produce lentamente, por grados. La nueva interpretación se conduce con mayor libertad en los negocios privados de forma y en materia testamentaria. Por esto, se dice que aquí se hace referencia al efectivo ánimo o interés de las partes.

Dentro del *Corpus Iuris Civilis*, encontramos los siguientes fragmentos:

- Paulo D. 32. 25. 1 y D. 32. 69. pr: "Cuando no hay ambigüedad en los términos, no se debe admitir la cuestión de interpretar la voluntad".
- Papiniano D. 50. 16. 219: "Se determinó que en las convenciones se atienda a la voluntad de los contratantes más bien que a las palabras".
- Papiniano D. 35. 1. 101: "En las convenciones se atienda más a la voluntad que a las palabras".

No obstante, se estableció un límite, el cual radicaba en que la

[508] DI PIETRO, A. (2001). *Derecho Privado Romano* (p. 38). 2° edición. Abeledo Perrot.

interpretación de la voluntad no se trate de un significado del todo diverso de aquel que fuera objeto del negocio. Así tenemos que:

- Paulo D. 34. 5. 3: "En una expresión ambigua no decimos una y otra cosa, sino solamente lo que queremos; y así, el que dice cosa distinta de lo que quiere, ni dice lo que significa la voz, porque no quiere ni lo que quiere, porque no lo expresa".

Por esto, la consideración de la efectiva voluntad de las partes, más allá de las declaraciones y ritos formales del negocio, se vincula con la aceptación del *ius* como la búsqueda de una solución en justicia. Al respecto, se recuerda lo siguiente en Ulpiano D. 1. 3. 13: "Pues, como dice Pedio, siempre que por la ley se ha introducido una u otra disposición, es buena ocasión para que o por la *interpretatio* (la de los iurisprudentes) o ciertamente por la *iurisdictio* (la de los pretores), se suplan las demás que tienden a la misma utilidad".

En los siglos I-II a. C., Celso hijo definió al derecho en términos de *ars boni et aequi* (arte de lo bueno y de lo igual).[509] Ello fue receptado en Celso D. 1. 1. 1. Con relación a la equidad, corresponde citar a Scévola quien, en D. 44, 3, 14, observa que no podemos definir nada permanente ni general acerca de las adquisiciones de posesiones, pues ellas consisten únicamente en equidad como una herramienta de flexibilidad de la norma jurídica (debiendo considerar para ello las especiales circunstancias del caso concreto).

[509] En esa perspectiva, la sujeción de las personas se establece con el derecho y no solamente con relación a las leyes o a las sentencias; "derecho que para ser tal debe presentar las connotaciones de *bonum et aequum* (bueno e igual) y asegurar la correcta actuación de tales connotaciones en sus aplicaciones concretas a las relaciones que se verifican en el ámbito de la convivencia humana". GALLO, F (2015). *Celso y Kelsen. Para la refundación de la ciencia jurídica* (p. 12). Eudeba.

Avanzando en la evolución de la interpretación, corresponde avocarse al análisis de la interpretación objetiva. Al respecto, Burdese explica que surgieron diversos criterios de interpretación determinados por el derecho con relación a diversos tipos negociales, por ejemplo: *favor testamenti*, *favor dotis, favor debitoris*, entre otros. Ello ha sido receptado por el *Corpus Iuris Civilis* en los siguientes fragmentos:

- Celso, D. 34, 5, 26: "Cuando en una estipulación se duda cual sea el objeto de lo hecho, la ambigüedad va contra el que estipula".
- Ulpiano, D. 45, 1, 38, 18: "Cuando en las estipulaciones se duda qué es lo que se ha hecho, las palabras han de ser interpretadas en contra del estipulante".
- Ulpiano, D. 28. 5. 1. 4: "Si uno solo hubiese sido instituido heredero de un fundo, es válida la institución prescindiéndose de la mención del fundo".

Se ha sostenido con relación al criterio denominado *favor debitoris* que:

> En el campo de la estipulatio prevaleció como criterio subsidiario la interpretación contra *stipulatorem*, dicho desde otro punto de vista, *favor debitoris*. Si el estipulante expresaba en la interrogación el contenido y las modalidades de la prestación mientras que el promitente se limitaba a asentir, se entendió que debía protegerse en mayor medida al promitente, y de ahí la regla *ambiguitas contra stipulatorem*.[510]

Finalmente, en edad posclásica, se generaliza el principio de la prevalencia de la *voluntas* sobre los *verba*. Asimismo, surge paralelamente un sistema rígido de prueba y se acentúan algunos criterios

[510] TORRENT, A. (2005). *Diccionario de Derecho Romano* (p. 358). Edisofer.

de interpretación objetiva como el *favor debitoris*, antes referido. Para este nuevo giro, resultaron significativas las expresiones de espíritu cristiano y el frecuente llamado a la equidad.[511] Así, se ha establecido en:

- C. 3.1.8 (Emperadores Constantino y Licinio Augustos a Dionisio): "Pareció bien, que en todas las cosas fuese más atendible la razón de justicia y de equidad, que la de estricto derecho".

En efecto, con una mirada puesta en los resultados finales, los romanos podían resolver un caso por la aplicación directa del *ius civile* o por la solución de *aequitas.*[512] La distinción refería a la contraposición entre aquello que deviene *ipso iure* y aquello que debe hacerse valer por medios *ad hoc.*[513] El pretor podía otorgar, en este segundo supuesto, una *actio*, en favor del actor, o una *exceptio*, en favor

---

[511] "*Tra i fattori che hanno profondamente influito sulla trasformazione del diritto romano in questo periodo debe porsi in primo piano il trionfo del Cristianesimo (...). Era ovvio che imperatori che si professavano cristiani (...) volessero anche, nella legislazione, farsi eco delle concezioni ispirate alla nuova religione (...). Espressione di spirito cristiano può dirsi l'afermazione costantiniana (C.1.3.8)* che placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequistatisque quam stricti iuris rationtem*, e così il frecuente costante richiamo all'*aequitas*, alla* benignitas*, alla* clementia*, all'*humanitas*, di fronte allo* strictum ius*, alla* duritia*, alla* severitas legum*, motivo che ritorna nelle leggi e nell'ampio rimaneggiamento dei* iura*, e così il significato e valore della* pietas *e della* caritas*, pure stesso richiamate"*. GROSSO, G. (1965). *Lezioni di Storia del Diritto Romano* (p. 477). Giappichelli.

[512] *"...Ispirata all'*aequitas*, intesa come esigenza di adeguamento del diritto a sentimenti di giustizia che é conformitá alle istanze dell'ambiente sociale nel contemperamento degli opposti interessi in gioco"*. BURDESE, *op. cit.*, p. 26.

[513] GROSSO, *op. cit.*, p. 483.

del demandado.[514, 515] De esta manera, la *aequitas* se presenta como herramienta para la búsqueda de una solución en justicia, una herramienta de flexibilidad de la norma jurídica (debiendo considerar para ello las especiales circunstancias del caso concreto).[516] *Aequitas* significa, básicamente, igualdad, proporción y simetría.

Por otra parte, el *Corpus Iuris Civilis* da cuenta, asimismo, de muchos fragmentos donde se resuelve la interpretación de la manifestación de las partes en función del equilibrio de las prestaciones.[517] La

---

514 "*Il diritto pretorio rappresentava la viva voce dell'*aequitas*, libera adeguazione alle esigenze concrete della societá, raccolte dalla vita stessa del diritto attraverso la* iurisdictio *del pretore e realizzate mediante la discrecionalità insita in questa. Nella stessa forma della antitesi tra esso e il* ius civile*... fu appunto il* ius praetorium *che permisse la più vasta trasformazione del diritto romano nell'epoca republicana, ed il pieno adeguamento agli sviluppi della società romana*". GROSSO, *op*. *cit*., p. 294 y ss.

515 En Pomponio, D. 1. 2. 2. 10 se explica que, al mismo tiempo los magistrados administraban justicia, y para que los ciudadanos supieran qué derecho iba a declarar cada uno respecto de cada asunto y pudieran precaverse, se promulgaban edictos. Esos edictos de los pretores constituyeron el *ius honorarium*: se llama *honorarium* porque procedía del honor (es decir, del cargo) del pretor. A tal efecto, los pretores podían dictar edictos perpetuos, edictos repentinos y decretos.

516 Scévola D. 44, 3, 14: *"De accesionibus possessionum nihil in perpetuum, neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitatem".*

517 Resulta muy ilustrativo para ampliar la importancia del deber de hablar claro para favorecer la equivalencia de las obligaciones que asuman las partes contrayentes, entre otros, el fragmento D. 14. 3. 1. 1. 3, que establece que anunciar públicamente lo entendemos de este modo: en carteles claros, donde de corrido pueda leerse bien, por supuesto, delante de la tienda, o delante de aquel local en que se explote la negociación, no en lugar escondido, sino visible. ¿Pero con caracteres griegos o latinos? Opino que, conforme a las condiciones de la localidad, para que nadie pueda excusarse con su ignorancia de la escritura. Y a la verdad, si alguno dijera

interdependencia de las obligaciones que surgen de contratos consensuales resulta enunciada a través de "la elaboración del estudio de caso a la luz de la sinalagmaticidad desentrañada con el criterio de la buena fe".[518] Al respecto, Gayo sostuvo en sus *Institutas*: "en estos contratos se obligan ambas partes a darse respectivamente lo que la equidad prescribe".[519] Y Trifoniano, receptado en D. 16. 3. 31 pr, manifestó: "La buena fe que se exige en los contratos requiere suma equidad".[520] El fragmento sigue cuestionando:

> Pero acaso la estimamos según el mero derecho de gentes, o con arreglo a los preceptos civiles y pretorios? Por ejemplo, un reo de pena capital depositó ciento en tu poder, fue deportado, y sus bienes fueron confiscados; ¿acaso se le han de devolver a él aquellos o se han de aplicar al fisco? Si solamente atendemos al derecho natural y al de gentes, se le han

---

que no sabía leer, o que no respetó lo que estaba anunciado, con tal que muchos lo leyeran, y que hubiese estado anunciado en público, no será oído. Por otra parte, en D. 21. 1. 18 se dispone que los elogios deben ser entendidos de modo que lo afirmado por el vendedor no se exija desconsideradamente, sino con cierta medida, de suerte que si se hubiese afirmado que el esclavo es constante, no se le exija la rigurosa gravedad y constancia de un filósofo, y si hubiese afirmado que era laborioso y vigilante, no se exija de él labor ininterrumpida durante el día y la noche.

[518] CARDILLI, R. (2002). La Buona Fede come principio di diritto dei contratti. Roma e America, *13*, 123-186. Y agrega: "*Il collegamento tra buona fede ed equilibrio contrattuale come voluto delle parti ed espresso dal sinallagma é fissato come regola nelle opere istituzionali"*.

[519] GAYO 3, 137.

[520] *"Il discorso è ai nostri fini particolarmente suggestivo, perché in esso emerge una concatenazione complessa e logicamente non sempre chiara tra i concetti di* bona fides*,* aequitas *e* iustitia*".* CARDILLI, R. (2025). *L'affidamento nel sistema romano: la complessa costruzione di un principio vivente*. En G. FALCONE (Coord). *Certezza del diritto e fondamenti del diritto europeo* (p. 150). Giappichelli.

> de restituir al que los dio; y si al derecho civil y al orden legal, han de aplicarse preferentemente al fisco; porque el que públicamente obró mal, también debe padecer necesidad, para que sirva de ejemplo a los demás para que les amedrenten los crímenes.

II. 2. Fuentes literarias

Me interesa en este punto ampliar las fuentes consultadas para observar lo dicho en otras áreas. Con ese propósito, observo que Cicerón, Séneca y también Plauto, desde su escenario, se han referido directa o indirectamente a la honestidad y la equidad, para analizar los conflictos en la interrelación de las personas y evaluar sus resoluciones o conductas esperadas. Así, podemos mencionar los siguientes fragmentos:

> Cicerón escribió que si alguno depositó en ti una espada estando en su sano juicio, y te la pide furioso, será pecado el dársela, y el no dársela cumplir con la obligación. ¿Y si uno que depositó en ti su dinero declara la guerra a la patria, le restituirás el depósito? Juzgo que no debes; porque faltarás al amor tan grande que debes a la patria. Así muchas cosas que naturalmente parecen honestas, dejan de serlo según las circunstancias: el hacer lo prometido, cumplir los pactos, pagar los depósitos, mudada la utilidad se hacen torpes. Porque no es perjurar el jurar en falso, sino que el perjurio consiste en faltar a un juramento hecho de todo corazón y según las fórmulas acostumbradas. "Juró mi lengua, no la intención mía", dijo sabiamente Eurípides.[521]

Cicerón, además, trae al análisis la causa Curiana. En ella, se

[521] Los oficios. *Diálogos de Cicerón: Los oficios, De la vejez, De la amistad, Las paradojas*, Libro III, capítulos 17 a 23, publicados en Biblioteca jurídica virtual de la UNAM y en el BOE.

cuenta la historia del testador Marco Coponio que, creyendo que su mujer estaba embarazada, instituye como heredero al hijo por nacer. Pero para el caso de que dicho hijo muriera antes de la pubertad, el testador dispone su sustitución con Manio Curio. Muere el testador Marco Coponio, pero el hijo que esperaba no nació, por haber errado respecto del embarazo de su mujer. Se planteó entonces el juicio entre los herederos *ab intestato*, defendidos por Q. Mucio Scévola, y M. Curio, defendido por Licinio Craso. El alegato de los primeros se basaba en la literalidad de las palabras expresadas. No habiendo nacido el heredero instituido, y siendo éste el único heredero, el testamento caía y se abría la sucesión *ab intestato*. La sustitución en favor de M. Curio no era válida porque el testador no había hecho referencia a la sustitución vulgar. Por el contrario, Licinio Craso sostuvo que había que desentrañar la voluntad del testador, sin atender estrictamente a las palabras empleadas. Atento ello, resultaba evidente que el testador había querido que su heredero fuera M. Curio antes que los agnados *ab intestato*. Por lo tanto, correspondía considerar que la sustitución pupilar también involucraba una sustitución vulgar. El tribunal de los Centunviros se decidió en favor de Manio Curio, por lo que la indagación de la *voluntas* triunfó sobre los *verba*.

Esta decisión fue luego seguida por otros juristas, de lo que se da cuenta en Modestino D. 28. 6. 4, pr: "En virtud de una constitución del Divino Marco y de Vero usamos ya de este derecho, que cuando el padre hubiese substituido al hijo impúbero para un caso, se entienda que lo substituyó para uno y otro caso, ya si el hijo no hubiere sido heredero, ya si lo hubiere sido, y hubiere fallecido impúbero".

Por su parte, Séneca hizo expresa referencia a la equidad para la convivencia entre las personas, a las que expresamente calificó como "sociables".[522] Es interesante la mirada del filósofo sobre que somos miembro de un gran cuerpo, como también la de Cicerón sobre la

[522] *De las Cartas a Lucilio*, de Séneca, Epístola 95.

importancia de la unión de los habitantes de una misma ciudad. En ese marco, resuena también la definición celsiana del *ius* como *ars boni et aequi* (D. 1. 1. 1):

> En los *dicta* de los personajes de Plauto, predomina una modalidad de intercambio basada en la idea de reciprocidad, quizá como permeabilización de valores contextuales y hábitos culturales propios de la época en que las obras se representan. En el *corpus* plautino, esto puede rastrearse a través del tópico de lo *aequum*, de modo tal que cada fábula se presenta como una trayectoria que va desde el caos inicial, entendido como una transgresión a la equidad, hacia un cosmos final, en el cual el equilibrio del intercambio es restablecido.[523]

En este sentido, se hace referencia a la equidad en el contrato entre los actores y los espectadores. Por ejemplo, en el prólogo de la comedia denominada *Poenulus* (El Cartaginés), se advierte: "Conviene que ahora se mantengan en pie, con el espíritu equitativo, o que sean moderados al dormir", y en *Amphitruo* (El Anfitrión): "Os pido yo por mi parte ahora que guardéis silencio durante esta representación y que seáis para ella jueces justos y equitativos". También hay equidad en cuanto a la relación entre los dioses y hombres, por ejemplo, en *Poenulus*: "Ahora, como los dioses bondadosos nos obsequian a mí, a ustedes y a su madre, es equitativo que nosotros demos este eterno agradecimiento a los dioses inmortales, ya que aprueban y honran nuestra devoción"; "¿Qué cosas divinas o humanas es equitativo creerle [al arúspice]?".

En este punto, creo importante traer a colación la observación de Cardilli (2024): *"Lessico, logiche e sistema, quali artificiali (e*

[523] MORO S. M., & MARTÍ, M. E. (2020). La dinámica de las transacciones en el teatro plautino: un análisis de lo *aequum* en Amphitruo y Poenulus, *Saga. Revista de Letras*, (8), 350-377. https://doi.org/10.35305/sa.vi8.32.

non naturali) espressioni del pensiero giuridico, costruiscono nel loro intreccio, un condizionamento storico che possiede uno straordinario momento propulsivo nel diritto romano e nella sua tradizione".[524]

III. Derecho argentino

En cuanto a Argentina, las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil afirmaron que, en materia de contratos, el Código Civil y Comercial sostiene las reglas y principios de tradición romanista imprescindibles para una adecuada interpretación del régimen contractual vigente.

El capítulo 10, título II, Libro III, referido a la interpretación de contratos en General del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina,[525] dispone con fuerza de ley:

- El artículo 1061, la "intención común de las partes" y la buena fe.
- El artículo 1062, la "literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad".
- El artículo 1065, "cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideración las circunstancias de la celebración, la conducta de las partes y la naturaleza y finalidad del contrato".
- El artículo 1068, al "ajuste equitativo de intereses", para el supuesto de contratos onerosos (los subrayados son míos).

[524] CADILLI, R. (2024). Diritto privato e giuristi romani. Fondazione del lessico giuridico moderno. En F. NASTI & G. SANTUCCI (Coords). *Discussioni sui giuristi romani* (p. 27). Giappichelli.

[525] Es posible acceder al texto del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en: https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=235975

Esta guía interpretativa se enmarca en la fuerza vinculante de los contratos (artículo 959); la libertad de contratación, dentro de los límites de la ley, la moral y las buenas costumbres (artículo 958); la limitación de los jueces para modificar estipulaciones, excepto a pedido de parte cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público (artículo 960); y que los derechos emergentes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante (artículo 965).

El capítulo bajo análisis fue ubicado en el Libro Tercero sobre los Derechos Personales, Título II, referido a los contratos en general, capítulo, 10 denominado "Interpretación". Resalto aquí la ubicación de las reglas que, por ello, aplica a todos los contratos.[526]

No obstante, la interpretación literal del texto se excluye expresamente para los contratos de consumo y adhesión, siguiendo otras reglas del derecho romano, por ejemplo, que el texto oscuro no debe entenderse en el sentido de beneficiar a quien lo redactó.[527]

Nuestro Código refiere al reajuste equitativo de intereses en: 1)

---

[526] "(…) los mismos [hace referencia al Código Civil y Comercial de Argentina, entre otros] se erigen como la sede natural de los principios generales de sus respectivos ordenamientos iusprivatistas (…). *In secundis*: en la medida en que 'generalizan' ciertos principios (v.gr. la autonomía privada, la buena fe y la prohibición del abuso del derecho) tradicionalmente previstos solo en la reglamentación de singulares materias (v.gr. los contratos o la propiedad), pero que ellos en cambio trasladan a las disposiciones preliminares, iluminando de esta manera todo el Código". ESBORRAZM, D. (2109). Los nuevos códigos civiles de la república argentina y de la república popular china confrontados: dos ordenamientos y un único sistema. *Roma e America. Diritto romano comune*, (40), p. 364 y ss.

[527] BIERZYCHUDEK, L. (2024). Expresiones Oscuras. En M. ÁLVAREZ (Coord). *Estudio sobre Principios Generales y Derecho Romano*. *Vol. 3* (pp. 200-214). Editorial de la Universidad de Flores.

Vicio de los actos administrativos, Lesión (artículo 332); 2) Pauta de interpretación (artículo 1068); 3) Locación de obras y servicios, donde precisamente dice el legislador: "El juez puede reducir equitativamente la utilidad si la aplicación estricta de la norma conduce a una notoria injusticia" (artículo 1261). También, artículos 1255, 1267, 1268; 4) Gestión de negocios (artículo 1785, d); y 5) Legado de cosa ajena (artículo 2507). Existen otras referencias a la equidad en el Código, pero no las menciono aquí porque no refiere específicamente a la composición de intereses contrapuestos vinculados a negocios jurídicos.

Se ha dicho que estos valores se encuentran arraigados en nuestra tradición jurídica y que revelan una postura ética,[528] como también que la falta de equidad "es raíz de los males sociales".[529]

Entonces, el cierre del artículo estableciendo a la equidad como última medida de calibración de la interpretación funciona, al mismo tiempo, como garante de que las normas positivas guiarán la aplicación de pautas coherentes con el derecho entendido como *ars boni et aequi.*[530]

IV. Derecho latinoamericano

Actualmente, en el derecho comparado, reglas similares han sido

[528] NEME VILLARREAL, M. L. (2009). Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. *Revista de derecho Privado*, (17), 45-76.

[529] Exhortación apostólica Dilexi Te Del Santo Padre León XIV, Sobre El Amor Hacia Los Pobres, publicada en: https://www.vatican.va/content/leo-xiv/es/apost_exhortations/documents/20251004-dilexi-te.html#_ftnref98

530 CELSO, D. 1. 1.

previstas en otros países latinoamericanos como, por ejemplo, Uruguay, Paraguay, Chile, Brasil y México. Los tres primeros países tienen, como Argentina, un capítulo específico para la interpretación de los contratos con expresa referencia a la intención de las partes y la equidad (aunque en el caso de Chile, la equidad se menciona en un capítulo previo referido a la interpretación de la ley). Brasil y México, por su parte, traen ciertas pautas de interpretación, pero sin mencionar en ellas expresamente a la equidad.

Uruguay cuenta con una sección específica referida a la interpretación de los contratos.[531] Allí aparecen los siguientes artículos: 1) artículo 1298: "Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos"; y 2) artículo 1300: "Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultare la validez y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieren igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza del contrato y a las reglas de la equidad".

En tanto, Paraguay también tiene una sección propia.[532] Allí aparecen: 1) artículo 708: "Al interpretarse el contrato se deberá indagar cuál ha sido la intención común de parte y no limitarse al sentido literal de las palabras. Para determinar la intención común de las partes se deberá apreciar su comportamiento total, aun posterior a la conclusión del contrato"; y 2) artículo 712: "Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieren igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos y a las reglas de la equidad".

---

[531] https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_uruguay.pdf

[532] https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_paraguay.pdf

De igual manera, Chile también tiene su sección.[533] Allí se dispone, en el artículo 1560: "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras". En ese capítulo no se observa referencia expresa a la equidad. Sin perjuicio de ello, la equidad sí es mencionada con relación a la interpretación de la ley. Al respecto, el artículo 24 establece: "En los casos en que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes obscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

Brasil,[534] por su parte, no contiene un capítulo exclusivo de interpretación de los contratos, aunque sí observamos ciertas reglas de interpretación que aplican a éstos en el mismo sentido que se viene trabajando, por ejemplo, el artículo 112: "*Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*". No hemos encontrado una referencia a la equidad en cuanto a la interpretación, pero sí en otros tipos de cláusulas. Al respecto, ha sido dicho que las disposiciones que, como en el Código de Bello establece, "por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre la que se ha contratado", alude a la mutua confianza que se han entregado las partes y la tutela respecto de interpretaciones que exceden el querer de éstas.[535]

---

[533] https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_chile.pdf

[534] https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/9615

[535] NEME VILLARREAL, M. (2019). La buena fe como eje del proceso de integración e interpretación del contrato en el Código de Bello: consonancia con la función social del contrato y con la tutela de los derechos fundamentales. En F. NAVIA ARROYO & C. CHINCHILLA (Eds.). *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello: análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea* (235-293). Universidad del Externado.

México también contiene una sección específica.[536] No hace referencia expresa a la equidad, pero allí aparecen: 1) artículo 1851: "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas"; y 2) artículo 1857: "Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fuere oneroso se resolverá la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses".

Siguiendo a Schipani (1997),

> en los códigos modernos, de la edad de las grandes revoluciones, el concepto técnico de "principios generales del derecho" tiene el significado de elementos constitutivos de una realidad (…) es desde allí que sale el criterio de integración de las lagunas de los códigos y de la demás legislación, y de su interpretación en conjunto (…) allí se encuentra el sistema de derecho común al cual acudir para las necesidades de los procesos de integración europea, latinoamericana.[537]

En este sentido, el derecho romano actual[538] es "base programática fundamental de la unificación latina".[539]

---

[536] https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf

[537] SCHIPANI, S. (1997). *Principios Generales del Derecho*, en *Roma e America*, (3), 22.

[538] CATALANO, P. (1990). *Diritto e Persone*, I. Giappichelli.

[539] GUZMÁN BRITO, A. (1972, 17-21 de junio). *La función del Derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica*. Segundo Congreso Interamericano de Derecho romano, México.

V. Conclusiones

En definitiva, desde la literalidad y la intención común al ajuste equitativo de intereses, como pautas generales de interpretación para todos los contratos, se reconoce una amplia tradición jurídica en Argentina, común a Latinoamérica. Esta tradición jurídica refiere a un *ius* abierto y dinámico, que sobrepasa las barreras de espacio y tiempo, con una vocación universalista orientada a los pueblos.[540]

La ubicación de tales pautas en un capítulo general del Código Civil y Comercial refuerza la cohesión del sistema y confirma la concepción humanista del derecho como "*ars boni et aequi*".

Especial relevancia queremos hacer respecto a la presencia expresa de la equidad como principio codificado en materia contractual, al lado de la buena fe. En rigor, el capítulo comienza con la mención de la buena fe y concluye con la equidad. En efecto, el artículo 1061 dispone que el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe, mientras que el artículo 1068 aclara que, cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título oneroso, se debe interpretar en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes.

Finalmente, quisiera resaltar la similitud en la codificación de estas pautas interpretativas, tanto en lo formal (por su ubicación) como en su contenido. Ello reafirma la idea de un derecho común para Latinoamérica.

---

[540] CARDILLI, R. (2024). Il diritto romano nel giuridico odierno: Occidente e Oriente. *Specula Iuris*, *4*(1), 70.

Nadie puede alegar su propia torpeza: el aforismo de Roma en la actualidad[541]

Thiago Yoel Bussolati Covello[542]

I. Introducción

El presente trabajo aborda el origen del precepto "nadie puede alegar su propia torpeza", y para ello se analizará el origen del aforismo en el derecho romano *nemo auditur turpitudinem suam allegans* y su paso por el ordenamiento jurídico de Argentina, usando como base inicial el análisis del fallo "Valmaggia, Daniel Aníbal c. Aerolíneas s.ordinario".

---

[541] El trabajo se enmarca en el proyecto de Investigación "Una mirada romanista a las reglas y principios en el Código Civil y Comercial de la Nación. Segunda parte" que se desarrolla en UFLO Universidad bajo la dirección de la profesora Mirta Beatriz Alvarez.

[542] Becario estudiante de UFLO Universidad.

II. Comentarios al fallo

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E
Fecha: 25/02/2025
Partes: Valmaggia, Daniel Aníbal c. Aerolíneas Argentinas S.A. s/ ordinario
Publicado en: La Ley Online;
Cita: TR LALEY AR/JUR/16745/2025

En el caso analizado, encontramos la siguiente situación: un "consumidor" llamado Daniel Aníbal Valmaggia demanda a Aerolíneas Argentinas y a Banco Macro S.A. (tercero en la demanda) por una falta de información respecto al vencimiento de las millas que el demandante había acumulado durante 2018, tras haber firmado un contrato de adhesión al programa llamado "Aerolíneas Plus" mediante una tarjeta de dicho banco.

En primera instancia, el juez falló a su favor y obligó a Aerolíneas Argentinas y a Banco Macro S.A. a pagar el equivalente a las millas que el demandante tendría acumuladas desde 2018.

Ante esa decisión, tanto la demandada, Aerolíneas Argentinas, como el tercero, Banco Macro S.A., apelaron, fundando sus agravios sustancialmente en que no hubo incumplimiento del deber de información previsto por el artículo 4 de la Ley 24.240, pues fue el actor mismo quien decidió no leer el contrato por ser "muy extenso y técnico", lo que es inaceptable dado que se trata de un abogado. Respecto a la caducidad de las millas, este suceso hubiera ocurrido a partir de tres años sin la realización de ningún viaje, siendo que originariamente debían caducar el 31/01/2021, pero a raíz de la pandemia del Covid-19 fue prorrogada la caducidad por un año más, exactamente hasta 31/12/2021, hecho que tuvo muy amplia difusión.

Ante estos argumentos, la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, sala E, deja sin efecto el primer pronunciamiento a favor del demandante, atento a que éste siendo un profesional en el ámbito

del derecho igualmente decidió proseguir y adherirse a ese contrato sin leerlo.

Si bien sus "millas" habrían caducado, no lo habrían hecho en el plazo de los tres años originales, sino que la caducidad habría acaecido once meses luego de la fecha correspondiente, por lo tanto, el demandante no fue perjudicado por la aerolínea, sino que se vio beneficiado. Pero éste no es el centro de la cuestión, porque si bien no hubo una comunicación fehaciente notificando de la prórroga, no es ésta la cuestión a dilucidar, sino más bien la propia torpeza del demandante.

III. Nadie puede alegar su propia torpeza: origen del concepto

"Nadie puede alegar su propia torpeza":[543] el concepto es sencillo, se dice así, sin tener que ir a mayor profundidad, pero en verdad está sencillez superficial trae consigo el transcurso de mucho tiempo y desarrollo que ha tenido a lo largo del paso del tiempo para acabar siendo un principio del derecho. Pero, ¿es solamente eso, una pequeña frase para designar que una persona no puede alegar su propia torpeza para su beneficio?

Partamos de que el principio[544] *nemo auditur* posee diversas formas de enunciación tales como "*nemo de improbitate sua consequitur actionem*"; *"nemo auditur turpitudinem suam allegans"* (que significa no será escuchado el que invoque su propio dolo); *"in pari causa*

[543] En latín, la frase sería *"nemo auditur turpitudinem suam allegans".*

[544] PUIG PEÑA, F. (1956). Los principios generales del derecho como fuente normativa de la decisión judicial. *Revista de Derecho Privado*, 1047 y ss.

turpitudinis cessat repetitio" (que se enuncia en igual situación de dolo, no habrá lugar a repetir).[545]

Como podemos apreciar, el principio no es algo estático para una situación determinada, sino que es maleable, capaz de ser adaptado a las particularidades y necesidades de cada sociedad política, en distintas épocas.

Señala León (2021) acerca de la norma *nemo auditur*:

> Pese a la literalidad de la expresión usada en la máxima que nos ocupa, es muy complejo que alguien se presente invocando su propia torpeza. Por razones de propia conservación, el demandante no alegó el hecho sino que lo ocultó. El suceso torpe saldrá a la luz, en la controversia con la parte contraria.[546]

Lo planteado por el autor tiene lógica, en cuanto a que existe un alto grado de complejidad en que dicha situación se dé, sobre todo si una de las partes ha logrado obtener alguna clase de ventaja al haber actuado con astucia sobre la parte contraria. En el caso concreto, inclusive obtuvo resultado favorable[547] en el tribunal de origen.

Pero esta situación no es imposible dado el caso que estamos

---

[545] AYALA, B. (1970). *La máxima Nemo Auditur Propriam Turpitudinem Allegans* [Tesis de licenciatura, Universidad Nacional Autónoma de México].

[546] LEÓN, P. (2021). La regla "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" en el proyecto de reforma. *Academia Nacional de Derecho de Córdoba*.

[547] Cabe recordar que "en el derecho romano, el pretor rechazaba la acción en ejecución, significando tal cosa un resultado práctico, consistente en que el demandante perdería el proceso; era más bien al juez a quien tocaba esa misión de rechazar al reclamante". CUEVAS, R. (1941). *La inadmisibilidad de las reclamaciones apoyadas en faltas propias: Algunas consideraciones sobre el adagio: Nemo auditur turpitudinem suam allegans*, [Tesis de grado, Universidad Nacional Autónoma de México], p. 7.

tratando. Sin lugar a dudas, una persona alega su propia torpeza y fue escuchada.[548]

Con respecto a este punto, Cuevas (1941) sostiene:

> ¿En qué forma no deberá escucharse, o en qué forma deberá rechazarse al que acude a los tribunales alegando su propia torpeza? ¿Podrá el juez desechar de plano este reclamo tan pronto como se da cuenta de éste? ¿Bastará acaso un simple auto dictado por el juzgador? Nuestra postura en cuanto a esto es que no es suficiente, dado que el adagio se encuentra en conflicto con el derecho y la oportunidad de ser oído. Además, éste se encuentra atravesando uno de los derechos fundamentales del hombre, el debido proceso, el acceso a la justicia, entre muchos otros más. Por ello necesario que, mediante una sentencia judicial, se declare la improcedencia de su reclamo, que carece del derecho que pretende tener, y que el Estado no le debe protección ni socorro.[549]

Continuando con lo planteado, el problema no radica hoy en día en directamente "no escucharlo", sino que la cuestión se refiere a darle tratamiento. Pero no se le debe dar auxilio a la persona que alega su propia torpeza, y mucho menos si la persona no es alguien con conocimientos básicos sobre asuntos legales, sino todo lo contrario, como lo que cabría suponer de un abogado,[550] sobre todo en lo que se refiere a leer un contrato.

---

[548] "Respecto a la postura de los bartolistas (post-glosadores) Bartolo y Baldo, discuten no el fundamento del adagio, sino sus limitaciones; ya sea una acción o una excepción, no se debe escuchar a quien intenta simplemente evitar una pérdida". CUEVAS, *op. cit.*, p. 7.

[549] CUEVAS, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

[550] Cabe aclarar que, dado su nivel de formación, se espera un mayor grado de entendimiento en la materia. No es lo mismo el grado de exigencia de la regla para una persona claramente formada y entendida en las cuestiones jurídicas que lo que

IV. Derechos se ven contrapuestos en el caso concreto

Respecto a ello, en el caso el abogado llega a los tribunales alegando sus derechos de consumidor y la falta al deber de información (esto último desde su perspectiva). Por ahora, centrémonos en concreto en sus derechos como consumidor.

En Argentina no es precisamente una cuestión reglamentada por completo, ya que en la actualidad está en tratamiento parlamentario un proyecto de ley con respecto a un Código de Defensa del Consumidor[551] bajo el expediente 0128-D-2024, que hasta la fecha es solo eso, un proyecto, que quizás en un futuro acabe relevando de sus funciones a la Ley 24.240 de protección de los consumidores, que es de 1993. En la mayoría de los casos no quiere decir que la ley sea "mala" o se quede "corta", pero en este preciso caso sí. Las relaciones de consumo y los modelos de negocio no son los mismos que hace treinta años. Algunos temas en auge que la ley no trata son, por ejemplo, la inteligencia artificial, las suscripciones de streaming, etc.

Sí bien el objetivo del presente trabajo no es realizar una crítica a la ley, cabe mencionarlo dado que es es la que se encuentra vigente.

Partamos de lo primero: ¿un abogado es un consumidor? Claro

---

se le ha llegado a exigir a una persona con un muy bajo grado. En varios casos se ha dejado de lado la regla cuando se han tornado contradictorios al derecho sus efectos.

[551] "Desde la perspectiva histórica el Derecho del Consumo aparece como una rama relativamente reciente y en formación del sistema jurídico argentino, es más, sus primeras manifestaciones fueron sectoriales o temáticas, es decir que no nacieron como un conjunto o un cuerpo homogéneo, sino en forma tuitiva ante casos particulares". VELÁSQUEZ et al. (2018). Los principios generales del derecho del consumo en perspectiva histórica. En *Consumidores y derecho en Iberoamérica* (p. 9). Reus.

que sí, es un ser humano, inevitablemente consume distintos servicios, no es que el hecho de ser abogado lo prive de la protección que brinda la ley. En palabras de Lorenzetti (2009), "el sujeto es protegido antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual, o cuando es sometido a una práctica del mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente".[552]

El abogado "en su carácter de persona se ve protegido por la ley, textualmente en su artículo primero que dice que se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final".[553] De esta forma, queda normativamente determinado quién o quiénes serán considerados consumidores, es decir, las personas que deben ser tuteladas o protegidas por este régimen jurídico, con lo cual se delimita el ámbito personal de los destinatarios.

El derecho del consumidor como rama en el sistema jurídico argentino es relativamente reciente. Sus primeras manifestaciones fueron sectoriales, no nacieron como un cuerpo homogéneo, sino en forma tuitiva en casos particulares.[554]

Vale aclarar que cuando la ley habla de consumidores, el término aquí se ve unificado con el término de "usuarios". Lo que se busca al unificarlos es que permitan, acorde con la tendencia doctrinaria de carácter mayoritaria, comprender a ambas situaciones en el término "consumidor".[555]

---

[552] LORENZETTI, R. (2009). *Consumidores*, 2ª ed. Rubinzal-Culzoni, cit. en O. L. ALFONSO VELÁSQUEZ (Coord.) (2018). *Consumidores y derecho en Iberoamérica* (p. 15). Reus.

[553] LEY 24.240, de Defensa del Consumidor, art.1 sancionada por el CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA, en Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 1993.

[554] *Ibidem,* p. 18.

[555] *Ibidem,* p. 19.

El problema aquí presente es que el actor alega que hubo una falta en cuanto al deber de información, que generalmente recae en cabeza del proveedor, quien debe brindar la información.[556]

La cuestión es compleja porque en la práctica no es fácil determinar de antemano cuál es esa información correspondiente para cada caso, dada la inmensa cantidad de bienes y servicios.[557]. El artículo 4 de la misma ley dice así:

> Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición.[558]

Partamos de lo que dice la ley: el proveedor tiene la obligación de suministrar al consumidor la información de forma cierta, clara y detallada con respecto a los servicios, por ende no es algo opcional. Debe estar redactado de una forma clara, en principio en formato físico, pudiendo variar si así lo decide el consumidor. Veamos algunas cuestiones. Tiene razón el abogado del caso dado que "en los contratos de adhesión, las personas simplemente aceptan los términos y condiciones pues suelen ser muchas veces muy extensos

---

[556] LEY 24.240, *op. cit.,* p. 22.

[557] *Ibidem.*

[558] Argentina. Congreso de la Nación. Ley 27.250. Modificación del artículo 4° de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Sancionada el 18 de mayo de 2016. Publicada en el Boletín Oficial el 14 de junio de 2016.

y técnicos; seamos claros, si una persona tiene dudas sobre el contrato"[559] que va a firmar, debe preguntar; sobre todo si está suscribiendo un contrato.

Cabe recordar que el actor alega que decidió no leer el contrato, por ende el principio de información no fue violentado. El contrato se le presentó, pero él mismo decidió no leerlo, y por ende, desconocía el hecho de que sus "millas" vencían al cabo de tres años sin que se hubiera producido alguna clase de movimiento, como el canje de un pasaje, etc.).

V. Nadie puede alegar su propia torpeza en el derecho romano (*nemo auditur turpitudinem suam allegans*)

Como ya hemos visto, el principio encuentra su origen en el derecho romano, más concretamente en dos reglas romanas, las cuales dieron origen a este principio. Sostiene Díaz Peñaloza (2019):

> La primera de ellas es la "*condictio ob turpem causam*" mediante la cual se persigue restituir el patrimonio disminuido por causa de una prestación de resultado inmoral o deshonesto.[560]
>
> La segunda de ellas es la "*condictio ob iniustam causam*"; a través de ésta se

[559] La voz "contrato" proviene de *"contractus"*, expresión latina que significa unir, estrechar, o contraer. VELÁSQUEZ, *op. cit.*, p. 28.

[560] DÍAZ PEÑALOZA, J. R. (2021). *Aplicación del principio general* "nemo auditur propiam turpitudinem allegans – *nadie puede ser oído, invocando su propia torpeza" en los contratos estatales de Asociación Público Privada: apuntes críticos con ocasión de la Sentencia C-207 del 16 de mayo de 2019* [Tesis de Maestría, Universidad de los Andes], p. 7.

> persigue restituir el patrimonio disminuido a causa de una prestación que atente contra una prohibición legal.
> Ambas suelen ser compiladas en la "*condictio ob turpem iniustam causam*" en donde se consagran sus supuestos fácticos.[561]

Es en estas reglas donde se origina el principio que afirma que nadie puede alegar su propia torpeza; de dichas reglas se extrae que aquel que se obliga a realizar a sabiendas una prestación contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres no podrá perseguir su restitución invocando el carácter ilegal o inmoral de ésta.[562]

Como toda "regla central" en un sistema de derecho funcional, acaba obteniendo variantes que podríamos nombrar como "reglas subsidiarias", que si las analizamos notaremos que son la regla *nemo auditur,* pero con algunas variaciones tales como las siguientes: "*allegans suam turpitudinem non est audiendus*"; ''*nemo propriam turpitudinem allegare potest*".[563]

La idea de la máxima la encontramos planteada en muchas constituciones, en el Código de Justiniano, como por ejemplo en C. 7, 8, 5 del año 223, que dice así: "*si fraudem se fecisse (…) audeat dicere, audiri non debet*".[564] La traducción suministrada por el *Diccionario panhispánico* sería: "Si el que hizo un fraude se atreviera a alegarlo, no debe ser oído". Y "*pacta quae turpem causam continent non sunt servanda*", se traduce como ''los pactos que contienen una causa vergonzosa no deben cumplirse (Digesto, 2,14,27, 4).[565]

---

[561] *Ibidem.*

[562] *Ibidem,* p. 12.

[563] La traducción propuesta por el diccionario panhispánico sería ''Nadie puede alegar ser causa de su propia torpeza".

[564] Está sería una variante de la regla *"fraudem suam nemo debet allegare*" que consagra que nadie puede alegar su propio fraude.

[565] SEGURA MUNGUÍA, S. (2006). *Frases y expresiones latinas de uso actual: con*

Si bien no son exactamente iguales pues una se refiere a la "torpeza" y la otra se refiere al "fraude", esta circunstancia no cambia el sentido de que quien alega su propia torpeza no debe ser oído. La idea central es no permitir a uno beneficiarse al alegar su propio error o fraude.

Otro caso donde encontramos coincidencias con una regla con cierto grado de similitud es *"venire contra factum proprium"* ("ambas pretenden evitar que un negocio irregular sea declarado ineficaz").[566]

Pero así como se asemejan en ello, tienen notables diferencias: "En una se tiene en cuenta la culpabilidad del sujeto que causa la irregularidad del negocio; mientras que en *factum proprium* se tiene en consideración la conducta posterior que el sujeto realiza frente al negocio".[567] Otra gran diferencia entre ellas es que el principio *nemo auditur* nunca le concede al causante la posibilidad de impugnar el negocio jurídico, mientras que en los actos propios (más precisamente en *venire contra factum proprium*) "siempre ha tenido ese poder el causante; respecto a ello lo que sucede es que por la actitud que demuestre con posterioridad al negocio, se le impide el ejercicio del poder de impugnación".[568]

Estas características que hemos analizado son, en principio, la diferencia entre una y la otra, pero existe una más. Mientras que la *factum proprium* es de carácter protector, "la *nemo auditur* es de carácter sancionatorio, siendo que ésta no pretende la protección de la

---

un anexo sobre las instituciones jurídicas romanas, Serie Derecho, Vol. 85 (p. 1099). Publicaciones de la Universidad de Deusto.

[566] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1963). *La doctrina de los propios actos: Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (p. 203). Bosch.

[567] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La doctrina de los propios actos…*, cit. en A. S. GALLO VÉLEZ, *Los reconocimientos de complacencia en el derecho común español*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 348 y ss.

[568] *Ibidem,* pp. 349 y ss.

buena fe y de la regularidad del tráfico jurídico frente a los cambios radicales, en cuanto a la actitud del sujeto, sino que busca la sanción del que alegue su propia torpeza".[569]

Sí bien la regla *nemo auditur* al fin y al cabo acaba protegiendo la buena fe de la contraparte, dado que no permite que se anule el negocio jurídico una vez celebrado con quien tenía plena consciencia de ciertos elementos que ocasionarían que fuera contrario a la ley, la moral o a las buenas costumbres, su objetivo es más bien una sanción que una protección. Podemos considerar quizás que, como efecto secundario, la regla *nemo auditur* además de sancionar también acaba protegiendo el estado de la relación al momento posterior de haberse realizado, impidiendo su devolución a un estado anterior.

VI. Significado de las palabras en el pasaje del latín al español

Ahora que hemos visto algunas de las reglas donde se consagra la idea de *nemo auditur*, debemos ver a qué se refiere la misma, dado que el significado de las palabras ha ido cambiando. Y sobre todo en el pasaje del latín al español, pues si bien en el español varias palabras tienen un significado equivalente, en el pasaje del latín al español de la actualidad el significado se llega a perder. Por ejemplo, la palabra "turpitudo", cuya traducción sería "torpeza" pero no su significado exacto, dado que la palabra realmente estaría refiriéndose a "deshonra", "infamia" o "vergüenza".

Conforme al diccionario de la RAE la palabra "torpe" se le atribuyen las siguientes características: deshonesto, impúdico, lascivo,

[569] *Ibidem.*

indecoroso, infame. Así, la RAE señala que la condición de torpe es aquella condición inmoral, y no acaba aquí sino que a raíz de dicha definición podemos concluir que ‘’la persona torpe”[570] es aquella “que actúa de manera inmoral o vil”. A partir de esto es posible concluir que la torpeza contenida en el aforismo romano bajo estudio se atribuye a la conducta contraria a la ley, la moral y las buenas costumbres.[571]

Otro aforismo que no refleja exactamente el significado es “*condicio turpis*”, el cual si se tradujera como en el caso anterior debería ser “causa torpe”[572] pero su significado es “condición ilícita”.[573] Además de ello en lo que sería “materia legal, causa torpe es también lo mismo que motivo injusto o reprobado por la ley. Su rúbrica en la legislación justinianea, al tratar de la repetición por causa torpe era de *“condictione ob turpem, vel injustam causam”*[574].

Ahora que ya sabemos lo que significan verdaderamente las palabras, partamos a analizar cómo la regla de *nemo auditur* fue planteada por los diferentes juristas del derecho romano.

Para Labeón y Próculo, se debía negar la repetición de la prestación al reclamante inmoral. En caso de torpeza común, debían quedar las

---

[570] En el derecho romano la persona torpe sería el “*turpis*”, una persona indecente, repulsiva, o repugnante.

[571] DÍAZ PEÑALOZA, *op. cit.*, p. 7.

[572] “Si tradujéramos *causa turpe* del latín, no sería exactamente ‘causa torpe’, dado que su significado en español sería ‘cosa deforme’, en el sentido de ‘cosa no arreglada’. Se refiere a aquello que no se apega a la forma de su especie. Del orden físico se traslada en sentido figurado al moral, y luego al legal. Finalmente se aplica a las acciones inmorales, ilícitas e injustas; porque la moralidad, la licitud y la justicia son la norma de las ‘acciones buenas’. Si faltan dichas cualidades, la acción es disforme, por ende, contraria a su forma”. EEDA–NTU, cit. en AYALA, *op*. *cit*., p. 9.

[573] BARBERÍA, M. E. (2009). *Diccionario de latín jurídico* (p. 33). Valletta Ediciones.

[574] Digesto, 5. 12, citado en AYALA, *op*. *cit*. p. 10.

cosas en el estado presente en aquel momento.[575] El principio era el mismo siempre, no conviene ayudar la mala fe, siendo ésta una regla de equidad.

Por su parte, Celso y Juliano consideran en oposición a la *utriusque turpitudo*.[576]

Cabe aclarar aquí que Ulpiano daba explicaciones distintas para los casos en que la acción fuera intentada por el *creditor* o el *debitor*. Se debe destacar que el sistema de Paulo y Ulpiano no es falto de rigor en el aspecto del acercamiento a los principios que se admiten en materia de posesión, visible en el adagio de "*in pari causa*", en el cual le daban una inspiración menos moral, con un dominio menos extendido y menos flexible. Con respecto al adagio "*nemo auditur*,' no es sino hasta el Bajo Imperio donde adquiere mayor independencia y una mayor claridad en cuanto a en qué casos se debe aplicar la regla.[577]

Ya llegados al Bajo Imperio, se introducen ciertas modificaciones por las cuales se buscaba imponer una sanción severa al acto inmoral bajo una nueva concepción donde la idea de "indignidad" en esta época reposa sobre el propósito fraudulento perseguido. Además, ya no se encuentra referencia a las reglas de la posesión.[578]

En este punto corresponde analizar uno de los fragmentos que aparecen en el Digesto, más concretamente el Libro 12, Título 5, Fragmento 8, que consideramos relevante destacar:

> Paulo. Cuestiones, libro III. Si por una causa torpe hubieres prometido a Ticio, aunque, si pidiera, puedas rechazarlo con la excepción de dolo malo

[575] *In pari causa turpitudine melior est causa possidentis*, que reza: en igualdad de torpeza es mejor la condición del poseedor. Digesto, 5. 12, citado en AYALA, *op. cit*.

[576] CUEVAS, *op. cit*., p. 13.

[577] *Ibidem,* p. 14.

[578] CUEVAS, *op. cit*.

> o la del hecho, sin embargo, si hubieren pagado, no puedes intentar la repetición; porque quitada la causa próxima de la estipulación, que sería inútil en virtud de la excepción, subsistirá la primitiva causa, esto es, la torpeza. Y a la verdad, si fuere torpe la causa así por parte del que da, como del que recibe, es mejor la condición del poseedor, y por esto deja de tener lugar la repetición, aun cuando se pagó en virtud de la estipulación.[579]

Resulta importante aclarar que el fragmento de Paulo es una traducción. Pero, de igual forma, queda bastante claro lo que intenta transmitir la norma, que plantea que si se prometió a Ticio aun si fue por una causa torpe, se puede repeler a través del dolo malo o la del hecho, pero sí ya se hubiera pagado, no se puede intentar la repetición de ésta. Y en el supuesto de nuestro interés, si ambas partes hubieran actuado con torpeza es preferible la posición del poseedor, dado que en el derecho romano el juez no va a escuchar a ninguna de las partes, puesto que ambas actuaron con torpeza e incurrieron en una falta. Es muy distinto el supuesto donde solo una de las partes actuara con torpeza; en dicho caso, el juez escuchará a la contraparte.

VII. La regla *nemo auditur* en el Código Civil de Vélez

Ahora que ya hemos visto el origen, su funcionamiento en el derecho romano y el significado de las palabras, podemos comenzar a ver cómo se reflejaba la regla *nemo auditur* en la codificación de Argentina.

El Código Civil contenía referencias claras a diversas reglas del

[579] *Ibidem*, *op. cit.*, p. 24.

derecho romano, tal como se evidencia en sus notas. A continuación, se procederá al análisis de los preceptos que reflejan la regla *nemo auditur*:

> Artículo 794. Es también hecho sin causa, el pago efectuado en virtud de una obligación, cuya causa fuese contraria a las leyes o al orden público; a no ser que fuese hecho en ejecución de una convención, que debiese procurar a cada una de las partes una ventaja ilícita, en cuyo caso no podrá repetirse.

Claramente aquí vemos el espíritu de la regla *nemo auditur*: si una obligación se consagra por causas contrarias a las leyes o al orden público. Si el objetivo de las partes es perseguir una ventaja ilícita, el derecho no los va a amparar ni a prestar auxilio.

La idea principal en el artículo radica en no permitir la repetición cuando se da en virtud de una obligación contraria a las leyes.

> Artículo 795. El pago hecho por una causa contraria a las buenas costumbres, puede repetirse cuando sólo hay torpeza por parte del que lo recibe, aunque el hecho o la omisión en virtud de la cual el pago ha sido efectuado, hubiese sido cumplido. Si hay torpeza por ambas partes, la repetición no tiene lugar aunque el hecho no se hubiese realizado.

Aquí Vélez cita como fuente de este artículo D. 12. 5. 2; 12. 5. 1. 2 y 12. 5. 3, que dicen lo siguiente:

> D. 12. 5. 2:
> Ulpiano; Comentarios al Edicto, Libro XXVI.
> Como sí te di porque no cometieras sacrilegio ó hurto, ó no dieses muerte a algún hombre; en cuya especie escribe Juliano, que si te diese porque no diesen muerte a algún hombre, se puede repetir como cosa propia.[580]

[580] RODRÍGUEZ DE FONSECA, B. (1872). *El Digesto del emperador Justiniano* (p.

D. 12. 5. 1. 2:
Paulo, Comentarios à Sabino, Libro X.
Pero si intervino torpeza por causa del que recibió, aunque haya tenido efecto la causa, se puede repetir.[581]

D. 12. 5. 3:
Paulo, Comentarios a Sabino, Libro X.
Más adonde hay torpeza respecto del que da y del que recibe, decimos que no se puede repetir. v. g. si se diese dinero porque se juzgue contra justicia.[582]

Como se puede observar, el artículo emplea partes de los tres pasajes. Respecto al pasaje D. 12. 5. 2, vemos que consagra la posibilidad de repetición en situaciones contrarias a las buenas costumbres solo si hubiera torpeza por parte del que recibe. Además, enumera algunas de dichas costumbres, permitiendo que. si el pago hubiera surtido efecto, se configure la repetición.

Resulta bastante clara la implementación del pasaje D. 12. 5. 1. 2 en el artículo, dado que consagra la torpeza del que recibe de forma casi idéntica.

Lo verdaderamente interesante aparece en el tercer pasaje, D. 12. 5. 3, que consagra exactamente aquello que ya había sido sostenido por Labeón y Próculo: en dicha situación, las cosas deben permanecer en el estado en que se encuentren.[583]

462). Imprenta de Ramón Vicente.

[581] *Ibidem.*

[582] *Ibidem.*

[583] Además, conviene señalar la estrecha similitud entre dicho pasaje y la regla *in pari causa turpitudinis cessat repetitio,* dado que en ambos casos la repetición se hace cesar cuando las partes se encuentran en igual situación de dolo. En el caso del pasaje, ello ocurre cuando ambas actúan con torpeza.

Los pasajes empleados para la creación del presente artículo son del apartado *De condictione ob turpem vel iniustam causam.* Lógicamente, dichos pasajes consagran distintas partes de la regla *nemo auditur*, tales como negar la repetición en el caso de torpeza por ambas partes, o la repetición por una causa contraria a las buenas costumbres. Resulta lógico que, si los pasajes ya de por sí consagran partes de la regla *nemo auditur*, el artículo 795, que se inspira en dichos pasajes,[584] de forma indirecta se encuentra también basado en la regla *nemo auditur*.

Por ende, el sentido del mismo artículo es, en primer grado, la sanción de quien actúa torpemente, y de forma secundaria, la protección de la buena fe.

> Artículo 932. Para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes:
> 1° Que haya sido grave;
> 2° Que haya sido la causa determinante de la acción;
> 3° Que haya ocasionado un daño importante;
> 4° Que no haya habido dolo por ambas partes.

Resulta particularmente interesante analizar las exigencias que deben concurrir para que el dolo pueda erigirse como causal de nulidad, especialmente en lo referido a los últimos tres incisos del artículo. Para que el dolo tenga eficacia invalidante debe revestir gravedad, haber ocasionado un perjuicio significativo y —sobre todo— no haber sido cometido por ambas partes.

Este artículo condensa múltiples elementos del derecho romano, por lo que conviene comenzar por el requisito del daño, que constituye la exigencia principal. Debe tratarse de un perjuicio importante

[584] Aquí cabe aclarar que el D. 12. 5. 1. 2 es consagrado en el artículo 795 de forma casi idéntica, con modificaciones mínimas.

y grave, que se vincula directamente con el proverbio que rezaba *de minimus non cura praetor* ("de lo mínimo o insignificante no se ocupa el pretor").[585]

Queda así claramente establecido que el pretor, al igual que el juez, no debe dedicar tiempo a cuestiones ínfimas, en las que el daño resulta insignificante o jurídicamente irrelevante, cuando existen conflictos de mayor complejidad.

Ahora bien, respecto del último inciso, la regla es muy clara, por lo que remitimos al aforismo *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*, dado que, ante el supuesto de existir dolo por ambas partes, éste deja de ser causal de nulidad.

> Artículo 959. Los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro, sobre la simulación, salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación.

Aquí podemos observar dos cuestiones sumamente importantes del *nemo auditur*. Para comenzar, están simulando un acto, que acaba siendo deforme, dado que su fin no es el fin natural del acto que se lleva a cabo en condiciones generales, pues este acto persigue otro fin, el de simular un hecho y así ocultar su verdadero objetivo. Además de ello, podemos ver reflejada la regla de *fraudem suam nemo debet allegare*: no pueden ejercerse acciones, pues estarían alegando su propio fraude a un tercero.

También, cabe recalcar la regla *nemo auditur turpitudinem suam allegans*, es decir, no será escuchado quien alegue su propio dolo, no se le debe brindar un auxilio, si se lo hiciera y pudieran obtener una ventaja injusta. Pero así como se plantea la regla, también la

[585] CALVO COSTA, C. (2025). *Derecho de las obligaciones* (p. 585), 3ª ed. La Ley.

excepción, pudiendo dejarse sin efecto si no genera ninguna clase de beneficio o ventaja con su anulación.

Y como lo señala la norma, las partes simulan un acto, no persiguen el fin normal de éste.[586]

> Artículo 1047. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación.

Aquí, la complejidad del adagio se ve reflejada respecto de que el juez no debe escuchar a la misma persona que alega su torpeza. En el supuesto de que una persona conociera el vicio e igualmente llevará a cabo el acto, no puede, posteriormente, alegar la invalidez del acto que ella misma concretó.

Vale retomar la regla de "*si fraudem se fecisse […] audeat dicere, audiri non debet*" en conjunto con la definición del *Diccionario Panhispánico*: "si el que hizo un fraude se atreviera a alegarlo, no debe ser oído". El artículo 1047 refleja las normas que hemos estado analizando hasta ahora, dado que la nulidad puede ser alegada por cualquiera, exceptuando al que ha ejecutado el acto a sabiendas del vicio que lo invalidaba.

---

[586] Cabe recordar el significado de *causa turpe*, que es una cosa deforme, que no se apega a la forma de su especie. El acto debería apegarse a la moral, la licitud y la justicia, éstas son "acciones buenas", sí faltan a dichas cualidades la acción se considera disforme, contraria a su forma, y al igual que el caso que plantea el artículo, el acto simulado es deforme, dado que si bien se lo encubre bajo la apariencia de otro, no persigue el mismo objetivo.

VIII. La regla *nemo auditur* en el Código Civil y Comercial de la Nación

La regla *nemo auditur* se encuentra receptada en varios artículos del Código Civil y Comercial de la siguiente manera:

> Art. 1796. Casos El pago es repetible, si:
> a) la causa de deber no existe, o no subsiste, porque no hay obligación válida; esa causa deja de existir; o es realizado en consideración a una causa futura, que no se va a producir;
> b) paga quien no está obligado, o no lo está en los alcances en que paga, a menos que lo haga como tercero;
> c) recibe el pago quien no es acreedor, a menos que se entregue como liberalidad;
> d) la causa del pago es ilícita o inmoral;
> e) el pago es obtenido por medios ilícitos.

Respecto de este artículo, el análisis se centrará en los incisos a) y d), por ser los más significativos para el desarrollo del presente trabajo, en virtud de sus fundamentos en el derecho romano.

Partamos del primer inciso, la causa inexistente, que tiene su origen en el derecho romano, principalmente de dos figuras:

> La *condictio causa finita*: Supone un pago realizado en base a una causa que dejó de existir. Así, por ejemplo, si el asegurador abona la indemnización debida en virtud de un robo, siendo que después del pago el objeto asegurado se recupera, el pago deviene sin causa y la compañía de seguros tiene derecho a repetir. Ello es así, más allá de las disposiciones específicas que regulan el derecho de seguros.[587]

[587] LORENZETTI, R. L. (Dir.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (p. 714), 13ª ed. Rubinzal-Culzoni.

> La *condictio causa data causa non secuta*: Implica un pago realizado teniendo en cuenta una causa futura, que nunca hubiese podido materializarse, por una imposibilidad legal. Un clásico ejemplo es el de quien entregaba dinero a título de dote con motivo de un matrimonio que legalmente resultaba imposible celebrar (v. gr.: por mediar impedimento de ligamen).[588]

Respecto a los incisos b) y c) se pueden vincular con la *condictio ob turpem vel iniustam causam*.[589] Se establece que si lo entregado fue en cumplimiento de un deber moral o de conciencia, dado que se realiza en virtud de un deber metajurídico, es irrepetible salvo que quien pague lo haga creyendo que la deuda aún es válida o lo haga como un tercero.[590]

El inciso d) resulta sumamente curioso. Por su parte, encontramos sus raíces en el derecho romano, más concretamente en la *condictio ob turpem vel iniustam causam*, siendo requerida la torpeza por parte del *solvens*, que debe desconocer el carácter ilícito del pago si se pretende la repetición de lo abonado.

Ahora nos queda, respecto del inciso d), un punto bastante complejo. Puede parecer sencillo, dado que si la causa del pago es ilícita, es repetible. Pero, ahora bien, ¿qué es lo inmoral? Eso es lo sumamente complejo y hasta problemático en cada época: lograr identificar de una forma casi homogénea a qué nos referimos cuando hablamos de inmoralidad.

Para el derecho romano, lo inmoral se vincula con los hechos ilícitos e injustos, siendo la misma catalogada dentro de las "acciones malas".[591]

---

588 *Ibidem.*

589 La definición del *Diccionario panhispánico* respecto a la misma dice así: "Pretensión basada en la adquisición viciada con causa inmoral o ilícita".

590 LORENZETTI, *op. cit.*, p. 1752.

591 Estas acciones son, por contrapartida, lo opuesto a las "acciones buenas", las cuales se vinculan con la justicia, la moral y la licitud.

Respecto al último inciso, el pago no puede ser obtenido por cualquier medio. Si bien la legislación permite, hasta cierto punto, que el acreedor actúe sobre el patrimonio del deudor, dicho accionar encuentra su límite en la ley, siendo el único medio legítimo a través del cual puede ejercerse tal facultad.

> Artículo 272. Dolo esencial. El dolo es esencial y causa la nulidad del acto si es grave, es determinante de la voluntad, causa un daño importante y no ha habido dolo por ambas partes.

Como puede observarse, existen varias similitudes con el artículo 932 del Código de Vélez, siendo la más destacada la consagración del principio *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*. Además, para que dicho artículo resulte aplicable, deben cumplirse ciertos requisitos, tales como que el perjuicio sufrido sea grave, que el daño ocasionado revista entidad significativa, y, especialmente, que no haya mediado dolo por parte de los dos intervinientes. Como bien lo dice Borda (2015), "quien juega sucio, no tiene derecho a exigir un juego limpio. Si las partes se han engañado mutuamente, la ley se desinteresa de ellas; es bueno que sufran perjuicio de su propia inconducta".[592]

> Artículo 335. Acción entre las partes. Contradocumento. Los que otorgan un acto simulado ilícito o que perjudica a terceros no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación, excepto que las partes no puedan obtener beneficio alguno de las resultas del ejercicio de la acción de simulación.

El artículo presenta cierta similitud con el antiguo artículo 959 del Código de Vélez, en tanto que ambos limitan la posibilidad de ejercer acciones entre las partes a aquellos supuestos en los que se

[592] BORDA, cit. en R. L. LORENZETTI, *op. cit.*, p. 791.

pretende dejar sin efecto la simulación, siempre que ninguna de ellas obtenga beneficio alguno de dicha anulación.

Básicamente, "en el supuesto de que la simulación fuera lícita y no existiera ningún tipo de provecho, las partes tienen la posibilidad de obtener la declaración de inexistencia del acto simulado".[593]

No obstante, la diferencia sustancial radica en que el artículo 335 del Código Civil y Comercial introduce la figura del contradocumento, generalmente destinado a permanecer en secreto, como instrumento que reconoce la simulación —total o parcial— del acto aparente.

En cuanto a la regla aplicable, ésta se enmarca en el principio de que la simulación entre partes no puede ser invocada libremente cuando ha mediado ilicitud o perjuicio a terceros, salvo que se persiga restablecer la verdad jurídica sin obtener provecho del acto simulado.

> Artículo 387. Nulidad absoluta. Consecuencias. La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aún sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción.

El artículo consagra la posibilidad de que la nulidad absoluta sea alegada por las partes o declarada por el juez como una de sus facultades si resulta evidente al momento de dictar sentencia. Lo verdaderamente interesante es que el artículo permite que la nulidad sea invocada por cualquier interesado, salvo aquella parte que pretende beneficiarse de su propia torpeza.[594]

---

[593] LLAMBÍAS, J. (1991). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. T. II (p. 522). Abeledo Perrot.

[594] Sobre este punto resulta de sumo interés que el artículo emplea la palabra

Esto, como ya hemos venido analizando, se encuentra consagrado en el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.[595] Sin embargo, así como lo hemos examinado, también hemos advertido que dicha regla debe ceder ante ciertos principios[596] de mayor jerarquía, como en el caso presente, el principio de acceso a la justicia.[597]

Si bien el artículo no consagra el deber del juez de no escuchar a quien alega su propia torpeza, queda claro que sí otorga la potestad al magistrado para declarar la nulidad conforme a los criterios formulados para el caso concreto.

Pero, como se ha analizado anteriormente, si se aplicara como originalmente se había consagrado la regla *nemo auditur* se estarían violando diversos derechos y garantías constitucionales,[598] por

---

"torpeza" pero en ningún otro apartado del código se hace referencia a ésta o qué es lo considerado como tal.

[595] Si bien nos encontramos ya en las conclusiones del presente artículo, cabe recordar en este punto que la noción de torpeza, en el derecho romano, aludía a conductas inmorales, contrarias a las buenas costumbres o a la ley.

[596] Diversas definiciones han sido propuestas respecto de la naturaleza y función de los principios generales del derecho. A efectos de este análisis, se los entiende como nociones jurídicas fundamentales, consideradas "comunes" a los distintos sistemas normativos, susceptibles de ser empleadas en la formulación de normas positivas o de operar de forma implícita en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico.

[597] No resulta por demás ocioso recordar que, en el derecho romano, el pretor apenas notaba que la acción intentada se basaba en la torpeza de quien la promovía, la rechazaba de inmediato, y así el demandante perdía el proceso. Claro está que, en los ordenamientos actuales, este tipo de accionar por parte del pretor vulneraría diversos principios consagrados en tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre muchos otros.

[598] Entre las disposiciones relevantes podemos mencionar la Constitución Nacional

ello es necesario que, mediante una sentencia judicial, se declare la improcedencia de su reclamación dado que el mismo carece del derecho que pretende tener, y en dicho caso el Estado no le debe protección, ni socorro.[599]

El antiguo artículo 1047 del Código velezano perseguía el mismo fin,[600] ya que lo planteaba como un deber del juez de declarar la nulidad absoluta de oficio, o a pedido de parte por todo aquel que tuviera un interés legítimo excepto por el que alegase su propia torpeza.

Como se puede observar en ambos artículos, su núcleo es el mismo: no puede permitirse bajo ninguna circunstancia que una persona alegue su propia torpeza.

Argentina, en particular destacando los artículos 16, 18 y 75, inciso 22, en tanto consagran, respectivamente, el principio de igualdad ante la ley, la garantía del juez natural y la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Si bien el adagio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* —según el cual no debe ser oído quien invoca su propia torpeza— constituye una regla de larga tradición, ello no impide que dicho principio deba ceder ante otros de mayor jerarquía normativa o valor axiológico. De hecho, en el propio derecho romano, cuando la aplicación estricta del adagio conducía a un resultado manifiestamente injusto o contrario a la ley y la moral, los juristas optaban por dejarlo de lado para fallar en base a la equidad.

[599] CUEVAS, *op. cit.*, p. 35.

[600] La principal diferencia entre el artículo 1047 y el actual artículo 387 radica en lo atinente al Ministerio Público, ya que el primero planteaba que éste podía alegar la nulidad absoluta en interés de la moral o de la ley. Esta última expresión fue eliminada en el artículo 387. Si bien esto podría parecer una modificación menor, en realidad amplía el margen de actuación del Ministerio Público, al permitirle alegar la nulidad absoluta con mayor flexibilidad, sin quedar limitado a esos dos intereses específicos.

IX. Conclusiones

Durante toda la historia de la codificación y redacción de normas jurídicas, los legisladores de distintos ámbitos se han visto en la necesidad de recurrir a diversas fuentes para su elaboración, ya sea provenientes de sistemas contemporáneos o antiguos. Innegablemente, dichas normas han debido fundarse en algún modelo previo para poder ser formuladas.

De este modo, se ha producido un doble efecto: por un lado, los ordenamientos jurídicos han logrado aprovechar las redacciones de legislaciones anteriores, preservando el conocimiento y la experiencia acumulada; y por otro, estos conceptos jurídicos heredados han adquirido un desarrollo que les ha permitido adaptarse a las distintas legislaciones existentes en la actualidad. Existen numerosos casos, en distintos sistemas legislativos, en los que pueden identificarse normas fundadas en lo que ha llegado a consolidarse como principios generales del derecho.

En particular, los artículos que hemos examinado reflejan la recepción de la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, la cual ha experimentado un desarrollo sumamente amplio.

En su origen, esta regla se formuló como una sanción, un rechazo a la pretensión jurídica fundada en la propia torpeza. En ella, el juez no debía siquiera escuchar a quien la alegase.

Actualmente, dicha regla no puede aplicarse en los mismos términos, ya que su ejecución literal vulneraría principios de mayor jerarquía. Sin embargo, el hecho de que no se aplique de forma idéntica que en su origen no implica que haya sido descartada. Hoy se admite que el ordenamiento jurídico escuche al sujeto que invoca su propia conducta reprochable, a fin de que, mediante sentencia judicial, se declare la improcedencia de su pretensión.

En línea con lo desarrollado, puede concluirse que la regla *nemo auditur*, que se originó en Roma, continúa vigente como principio general del derecho, aunque su aplicación se haya transformado.

Esta vigencia se refleja tanto en el Código Civil y Comercial de la Nación como en la resolución de conflictos, tales como el caso "Valmaggia, Daniel Aníbal c. Aerolíneas s.ordinario".

X. Referencias

ALFONSO VELÁSQUEZ, O. L. (Coord.) (2018). *Consumidores y derecho en Iberoamérica*. Reus.

AYALA BAUTISTA, A. (1970). *La máxima Nemo Auditur Propriam Turpitudinem Allegans* [Tesis de grado, Universidad Nacional Autónoma de México]. Repositorio de la Universidad Nacional Autónoma de México. https://ru.dgb.unam.mx/server/api/core/bitstreams/64aa6fc2-2a40-4c26-bbe3-b98b7c4caa0b/content

BARBERÍA, M. B. (2009). *Diccionario de latín jurídico*. Valletta Ediciones.

CALVO COSTA, C. (2025). *Derecho de las obligaciones*, 3ª ed. La Ley.

COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR (2024). *Proyecto de Código de Defensa del Consumidor. Buenos Aires: Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina*. Documento institucional en trámite parlamentario. https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3143-D-2020.pdf

CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA (1993). *Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Buenos Aires: Boletín Oficial de la República Argentina.* https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24240-638

CUEVAS, M. R. (1941). *La inadmisibilidad de las reclamaciones apoyadas en faltas propias: Algunas consideraciones sobre el adagio: Nemo auditur turpitudinem suam allegans* [Tesis de grado, Universidad Nacional Autónoma de México]. Repositorio de la Universidad Nacional Autónoma de México. https://ru.dgb.unam.mx/handle/20.500.14330/TES01000078082

DÍAZ PEÑALOZA, J. R. (2021). *Aplicación del principio general "nemo auditur propiam turpitudinem allegans – nadie puede ser oído, invocando su propia torpeza" en los contratos estatales de Asociación Público Privada: apuntes críticos con ocasión de la Sentencia C-207 del 16 de mayo de 2019* [Tesis de Maestría, Universidad de los Andes]. Repositorio de la Universidad Nacional de los Andes. https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/bee10eec-aac2-46bc-b929-b3a6bcf14392/content

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (1963). *La doctrina de los propios actos: Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Bosch Casa Editorial.

GALLE VÉDEZ, A. S. (2017). *Los reconocimientos de complacencia en el derecho común español*. Dykinson.

LEÓN, P. (2021). La regla "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" en el proyecto de reforma. *Academia Nacional de Derecho de Córdoba*. https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/09/reglanemoauditur.pdf

LORENZETTI, R. L. (2009). *Consumidores*, 2ª ed. Rubinzal-Culzoni.

LORENZETTI, R. L. (Dir.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 13ª ed. Rubinzal-Culzoni.

LLAMBÍAS, J. J. (1991). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo II. Abeledo Perrot.

PUIG PEÑA, F. (1956). Los principios generales del derecho como fuente normativa de la decisión judicial. *Revista de Derecho Privado*, 1047 y ss.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2025). *Diccionario panhispánico del español jurídico.* https://dpej.rae.es/

REBOLLO PUIG, M. (2023). *La regla* nemo auditur *en la jurisprudencia contencioso-administrativa*. Iustel.

RODRÍGUEZ DE FONSECA, B. (1872). *El Digesto del emperador Justiniano* (p. 462). Imprenta de Ramón Vicente.

SEGURA MUNGUÍA, S. (2006). *Frases y expresiones latinas de uso actual: con un anexo sobre las instituciones jurídicas romanas,* Serie Derecho, Vol. 85 (p. 1099). Publicaciones de la Universidad de Deusto.

Principio de equidad: del "dar a cada uno lo suyo" de Ulpiano al artículo 16 de nuestra carta magna

Mariela Cáceres[601]

Como se ha dicho en tantas oportunidades, el derecho romano es un derecho vivo transmutado en nuestros días. Más allá de los cambios y de las reformas, como la del Código Civil y Comercial de la Nación, por ejemplo, los principios generales del derecho en nuestro ordenamiento perduran a través del tiempo y de la historia. Podríamos enumerar varios ejemplos siguiendo esta misma línea, no obstante, tal como reza mi investigación y haciendo honor al

[601] Abogada (UBA). Mediadora Familiar. Conciliadora de Consumo de CABA. Abogada del Niño, niña y adolescente de CABA. Docente de la Universidad de Buenos Aires (UBA), de Universidad Kennedy (UK) y de UFLO Universidad. Diplomada en Posgrado en Niñez y Adolescencia (UNNOBA). Profesora para la enseñanza primaria. Profesora del taller de escritura creativa "El suspiro de las palabras". Escritora.

leitmotiv de esta convocatoria, a la sazón, principios generales y derecho romano, en esta oportunidad les hablaré de un tema de suma importancia, el principio de equidad. Así es como llegamos a ver en nuestro sistema conceptos fundamentales que hacen a la vida diaria, desde la gran definición de Ulpiano sobre la justicia, "dar a cada uno lo suyo", a la recepción en nuestra carta magna.

Como bien sabemos, los principios generales del derecho son fundamentos básicos, valores y conceptos que inspiran y guían el sistema jurídico, aplicándose en ausencia de ley o para interpretar normas. Sirven para garantizar la justicia y la coherencia del ordenamiento jurídico, orientando a jueces y legisladores en la resolución de casos, la creación de derecho y la interpretación de las normas.

Remontándonos a Roma, más precisamente al siglo III d. C., cabe poner de manifiesto la célebre definición del mencionado jurista romano: "La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar cada uno lo suyo". Me quedo con la última parte, "dar a cada uno lo suyo" (*ius suum cuique tribuendi*) o "lo que le corresponde", luego podremos desentrañar qué será dar a cada uno lo suyo. Es decir, si hacemos uso del derecho comparado y hablamos de las distintas familias que conocemos hoy dentro de los sistemas jurídicos contemporáneos —romano germánica, *common law*, familias religiosas, las socialistas, e incluso las familias jurídicas llamadas atípicas, mixtas o híbridas—, cada una de ellas tienen su concepto de ese "lo que corresponde", o lo que es lo mismo, de la equidad, de la justicia, sobre todo en busca de la tan ansiada paz social.

Como mencionáramos anteriormente, para Ulpiano la justicia se complementaba con dos principios más: vivir honestamente y no dañar a otros, que en conjunto constituyen los pilares del derecho, fundamentalmente porque proporcionan una base de valores y principios que asegura la equidad y la justicia.

Asimismo, podemos decir que vivir honestamente se refiere a vivir con integridad y conforme a la ley, no dañar a otros implica no causar perjuicio a los demás y dar a cada uno lo suyo es el principio

central de la justicia, que consiste en reconocer y entregar a cada individuo lo que le corresponde legal y moralmente, y ese es el concepto que desarrollaremos en esta exposición.

Es dable destacar que la definición de Ulpiano sigue siendo fundamental en el ámbito del derecho actual. Es decir que tales conceptos fueron recepcionados a lo largo de la historia, no solo en nuestro país sino en otros lugares del mundo, como pudimos observar al nombrar a las distintas familias jurídicas. Es un principio fundamental que ha sido debatido y aplicado.

El gran desafío fue y sigue siendo articular la dificultad práctica en determinar qué es "lo suyo" para cada persona, para cada individuo, así como los romanos lo tuvieron con una visión de dar a cada quien lo que le corresponde de acuerdo con las leyes y los principios morales. Es decir, implica tratar de manera igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales, basándose en criterios como la proporcionalidad y el merecimiento, según Digesto 1, 1, 10, 1.

Así, llegamos a entender que esta definición introduce tres ideas centrales:

- **Constancia:** La justicia no es un acto puntual, sino una actitud permanente.
- **Voluntad:** Exige una decisión ética.
- **Lo suyo:** Reconocer el derecho propio de cada persona.

De esta manera, bien podemos relacionarlo con el pensamiento clásico. Aristóteles ya entendía la justicia como "dar a cada uno según su mérito o necesidad", lo que influye en toda la tradición occidental. En este punto cabe preguntarnos: ¿sigue siendo ese ideal la base del derecho argentino?

Es así como llegamos a nuestra Constitución Nacional y destacamos solo a modo de ejemplo el preámbulo, que busca "afianzar la justicia", mostrando la continuidad del ideal ulpianeo.

Por su parte, el artículo 16 reza:

> La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Acá no es otra cosa que el principio de igualdad ante la ley, "dar a cada uno lo suyo" según su situación jurídica. Y no podemos dejar de soslayar el artículo 17: "La propiedad es inviolable", donde se reconoce "lo suyo" como derecho propio.

Ahora bien, también encontramos en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación preceptos claros que reflejan el espíritu romanista, a saber:

- Artículo 1: El derecho debe interpretarse conforme a los valores y principios jurídicos, especialmente los de la Constitución y los derechos humanos.
- Artículo 9: Deber de obrar de buena fe → voluntad recta y constante (eco de la *voluntas* ulpianea).
- Artículo 1710: Deber de no dañar → uno de los tres preceptos ulpianeos.
- Artículo 1716: Reparación plena → restituir "a cada uno lo suyo" cuando se lo ha privado injustamente.
- Artículos 240 y 241: Función social de la propiedad → equilibrio entre el derecho individual y el bien común.

El principio "dar a cada uno lo suyo" se amplía hoy al reconocimiento de derechos sociales y colectivos (educación, salud, ambiente), integrando justicia distributiva.

Y acá quiero mencionar algunos ejemplos de nuestra práctica diaria, donde todos estos principios siguen plenamente vigentes: un contrato cumplido de buena fe, donde cada parte recibe lo pactado, y políticas de equidad de género o inclusión buscan "dar a cada uno

lo suyo" según las desigualdades reales, la restitución de un bien indebidamente apropiado.

No debemos olvidar que todo esto hace a la práctica, al ejercicio y a la acción que definen al abogado como tal. Se basa en un gran rigor intelectual integro, su vocación y amor a su profesión. El abogado siempre ha de extremar su intención de entenderlo todo y de investigar aquello sobre lo que tiene dudas y aplicar esa especial lógica y sentido común. Su labor en muchos casos es de creación y búsqueda de pruebas para acreditar los hechos que le relata el cliente.

Desde este punto de vista, el derecho romano puede considerarse un instrumento óptimo para la formación y preparación del jurista moderno y su adiestramiento en la interpretación de los textos legislativos.

Como pudimos observar, la influencia del derecho romano, y específicamente de Ulpiano, se refleja en el sistema legal argentino. Los tres preceptos de Ulpiano son fundamentales para la interpretación de las leyes y la aplicación de la justicia en Argentina.

La aplicación práctica de "dar a cada uno lo suyo" es un desafío constante, ya que la determinación de lo que corresponde a cada uno requiere la labor de la jurisprudencia y la interpretación judicial.

En el ámbito del derecho, la jurisprudencia se define como el conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y lo injusto.

En resumen, la definición de Ulpiano sobre la justicia como "dar a cada uno lo suyo" sigue siendo un principio fundamental en el derecho argentino, aunque su implementación práctica requiere una constante interpretación y aplicación judicial, influenciada por los tres grandes principios del jurista romano.

Conclusiones

A modo de conclusión debo decir que todo lo aquí explicitado demuestra el grado de madurez alcanzado por juristas como Ulpiano, Paulo, Modestino y tantos otros, que implementaron conceptos básicos que perduran y son la base fundamental de nuestro ordenamiento jurídico actual, así como también a lo largo de la historia.

No obstante, y a pesar de los distintos avatares de la vida cotidiana y de todo lo aquí expuesto e investigado, lo más importante en un abogado es su sentido de la justicia, su inteligencia y carácter.

Como cierre quiero dejarles esta reflexión: desde Roma hasta nuestro Código Civil y Comercial, la justicia sigue siendo el arte de reconocer en el otro un sujeto de derecho y de darle lo que justamente le pertenece. En eso estamos los profesionales de las ciencias jurídicas, en seguir aprendiendo, seguir creciendo, seguir investigando, comprendiendo que otra realidad es posible, con una mirada realista y crítica, pero también convencidos de que dicha realidad se construye entre todos y todos los días. Una nueva forma de relacionarnos, de comunicarnos, de expresarnos, en la que cada uno de nosotros somos parte, y a ella nos dirigimos.

El *Regifugium* o la huida del poder: una reflexión sobre la legitimidad en los orígenes del derecho romano

Anabella Facciuto Kaed[602]

I. Introducción

El derecho constitucional prevé un régimen jurídico especial y extraordinario en tiempos de gravedad institucional,[603] cuyo efecto

[602] Abogada (Universidad de Buenos Aires). Asesora legal del Ministerio Salud de la Nación. Profesora de la materia Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador (USAL) y en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad John F. Kennedy. Profesora de la materia Principios Generales del Derecho Privado del CBC (UBA). Profesora de la materia Introducción al Derecho en la Facultad de Ciencias Económicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA).

[603] Se emplea la expresión gravedad institucional para aludir a "aquellas cuestiones que exceden el mero interés individual de las partes y afectan de modo directo a la

es la suspensión temporal de ciertos derechos de los ciudadanos con el fin de salvaguardar un bien mayor, a saber, el bien general de la comunidad política ante una situación de anomia o de amenaza pública. Tal régimen suele denominarse estado de excepción.

No se trata, pues, de la supresión total de la Constitución, sino de la interrupción parcial y limitada de algunas garantías y derechos en orden a superar un período de fuerte inestabilidad y crisis institucional "con vistas a la recuperación de la normalidad constitucional".[604] En verdad, algunas crisis sociopolíticas representan situaciones de emergencia que pueden afectar gravemente la vida institucional, exigiendo una respuesta perentoria de parte de quienes tienen en sus manos los destinos de la *res publica*.

Las situaciones de excepción no cesan de diversificarse en los modernos Estados democráticos. Estos se encuentran atravesados por luchas intestinas cada vez más radicalizadas y por enfrentamientos entre grupos sociales que pugnan por sus intereses. Tales tensiones se agravan especialmente cuando existen problemas de índole socioeconómica y política. Todo ello sin contar aquellas situaciones

---

comunidad". Las pautas que delimitan la aplicación de la gravedad institucional son: a) que la cuestión comprometa las Instituciones básicas de la Nación; b) que atente contra los principios fundamentales de la Constitución Nacional: defensa en juicio, propiedad, libertad de prensa, familia, progreso, bienestar general; c) que esté en juego la autonomía de las provincias; d) declaración de inconstitucionalidad de las normas; e) que la cuestión conmueva a la sociedad entera; f) trascendencia de la cuestión debatida por las proyecciones que puedan tener en el futuro. Cfr. Superior Tribunal de Justicia de Formosa, 22 de agosto de 1994, *Recurso extraordinario, gravedad institucional. Sumario de Fallo*, en SAIJ, Id: SU20002952. Disponible en: https://bit.ly/3zq1F6S

[604] GARCÍA CUADRADO, A. (2010). *Derecho, Estado y Constitución: El estatuto científico y otros temas fundamentales de Derecho Constitucional* (p. 298). Club Universitario.

imponderables como las que sobrevienen en tiempos de catástrofes naturales o emergencias sanitarias.

Sobre esto último, por cierto, existe un antecedente cercano: la pandemia provocada por el Covid-19, que obligó a un gran número de países a declarar el estado de emergencia, lo cual les permitió adoptar medidas extraordinarias como confinamientos obligatorios, cierre de fronteras, restricciones a la circulación, suspensión de reuniones públicas o la concesión de poderes especiales al gobierno.

Con todo, el instituto de excepcionalidad no es una invención de los Estados modernos, ya que la suspensión de las garantías constitucionales encuentra en el derecho romano una figura equiparable: el *iustitium*. Etimológicamente, la palabra proviene de *iustum* (derecho) y *stare* (suspender, detener), lo que literalmente puede traducirse como "detención o suspensión del derecho".[605] Esto ocurría en situaciones de peligro público, de modo extraordinario y mediante proclamación del Senado.

De hecho, es bien conocida la sentencia ciceroniana *"silent leges inter armas*",[606] expresión que podría traducirse como "callen las leyes en tiempos de guerra", la cual refleja la posición del orador romano en relación con la necesidad de proclamar el estado de excepción en momentos de fuerte conmoción institucional causada por un enfrentamiento bélico.[607]

En Argentina, la suspensión temporal de garantías constitucionales aparece explícitamente formulada en el artículo 23 de la Constitución Nacional (CN) en tanto efecto jurídico del instituto de

[605] AGAMBEN, G. (2014). *Estado de excepción* (p. 86). Traducción por Flavia Costa e Ivana Costa. Adriana Hidalgo Editora.

[606] CICERÓN (1985). *En defensa de Milón,* IV, 11 (Pro Tito Annio Milone Oratio) (pp. 17-18). Edición, traducción y notas de J. A. Ayala. Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana,

[607] La época de la Roma tardo-republicana se extiende desde el 130 a. C. al 27 a. C.

emergencia conocido como estado de sitio, que se declara en la provincia o territorio "en donde exista la perturbación del orden".[608] Este es el único lugar del texto constitucional donde se menciona la suspensión de garantías. Además, el mismo artículo fija límites al poder del Ejecutivo durante el estado de sitio, ya que el presidente no puede condenar ni aplicar penas, solo puede arrestar o trasladar personas, y el detenido puede optar por salir del país.

Es verdad que la CN prevé otras medidas excepcionales, tales como la intervención federal (art. 6), los decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3) y la delegación legislativa por emergencia pública (art. 76), pero estos mecanismos no suspenden garantías constitucionales. Ello sugiere que el constituyente concentró la suspensión de garantías exclusivamente en el estado de sitio, para evitar que el poder público viole derechos por otras vías. Se aprecia así una intencionalidad garantista, que busca evitar abusos y restringir lo más posible la suspensión de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En este escenario, en el que se vislumbra con claridad que la excepcionalidad no puede ser entendida absoluta e irrestrictamente, cabe preguntarse qué ocurre con los derechos civiles durante situaciones de emergencia que perturban el orden público y ponen en vilo el bien común, y ante las cuales se adoptan medidas de excepcionalidad. ¿Pueden suspenderse en su totalidad (*in totum*) o solo parcialmente? ¿Qué dispone el sistema legal argentino al respecto? ¿Qué establece el derecho internacional sobre esta materia?

Las respuestas a estas preguntas permitirán analizar el alcance de las medidas de excepción, bajo el supuesto de cumplimiento de las condiciones jurídicas que exige su declaración. Para alcanzar este

[608] La carta magna establece las autoridades con atribuciones para declarar el estado de sitio en el art. 75, inc. 29 y el art. 99, inc. 16.

objetivo se adopta como punto de partida o hipótesis de investigación que existen límites específicos en la aplicación del estado de excepción, y de manera particular, que ciertos derechos civiles y garantías son inalienables, no siendo legítimo su desconocimiento o suspensión por parte de la autoridad competente, aun en tiempos de gravedad institucional.

II. El estado de excepción en el derecho romano

El tema de la excepcionalidad en el derecho romano ha sido tratado con agudeza por Agamben (2014), quien defiende la tesis de que el *iustitium romanum* constituye un antecedente remoto del moderno estado de excepción:

> Existe un instituto del derecho romano que se puede considerar de alguna manera como el arquetipo del moderno *Ausnahmezustand* [estado de excepción] y que, sin embargo —o quizá precisamente por esto mismo— no parece haber recibido suficiente atención por parte de los historiadores del derecho y de los teóricos del derecho público: el *iustitium.*[609]

El filósofo italiano explica que, si en tiempos de la República había evidencias de una situación que podía ponerla en peligro, el Senado romano tenía la competencia de emitir un *senatus consultum ultimum*,[610] por el cual se solicitaba a los cónsules (*interrex* o *procónsules*) o, en su defecto, al pretor, tribunos de la plebe e, incluso, a cada ciudadano romano, de que eliminara los riesgos de Roma por medio de facultades extraordinarias.

---

[609] AGAMBEN, *op. cit.*, p. 85.

[610] Traducción: Decreto supremo del Senado.

Estas atribuciones permitían al magistrado consular dictar sentencias capitales sin que éstas pudieran ser apeladas o vetadas por los tribunos de la plebe. En definitiva, se trataba de una suspensión de las garantías de los ciudadanos. El *senatus consultum ultimum* básicamente era un decreto[611] que declaraba el *tumultus*,[612] esto es, la situación de emergencia que acontecía en Roma como consecuencia de una guerra externa, una guerra civil o una insurrección.[613]

Según Garófalo (2011), un pasaje de Aulo Gelio parecería corroborar la idea de que el *iustitium* implicaba un momento de anomia en el que ocurría una especie de cesación del derecho. Así pues, en *Noches Áticas* XX, 1, 43, se lee la frase "*iuris quasi interstitio quaedam et cessatio*" —casi como un intervalo y cesación del derecho—, equivalente a decir que "del *iustitium* descendía una suerte de suspensión del derecho y de su inoperatividad temporal".[614]

Agamben (2014) muestra, a su vez, el nexo entre los conceptos de *bellum* (guerra) y de *tumultus*, y cita como testimonio de lo expresado el pasaje de *Filípicas* VIII, 2, en donde Cicerón afirma que podía haber guerra sin tumulto, pero no un tumulto sin guerra:

---

[611] La proclamación del *iustitium* y la activación del *dilectus* —reclutamiento de ciudadanos aptos para batallar— se realizaban después del *decretum tumultus*, una incumbencia del senado que "se traducía en la enunciación formal de que la situación de peligro en la que Roma se hallaba sumida exigía que todo ciudadano capaz de portar las armas se alistara, no pudiendo invocar las causas de exención aun así previstas por el ordenamiento jurídico". GARÓFALO, L. (2011). *Biopolítica y Derecho Romano* (pp. 123-124). Traducción por Edorta Córcoles Olaitz. Marcial Pons.

[612] G. AGAMBEN, *op. cit*., p. 87.

[613] TORRENT, A. (2004). *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes* (p. 229). Edisofer.

[614] GARÓFALO, *op. cit*., p. 113.

> Algunos pensaban que la palabra "guerra" no debía aparecer en la propuesta, preferían llamarlo "estado de alarma", desconocedores de no solo de las circunstancias, sino incluso de las palabras: es posible, en efecto, que haya guerra, aunque no haya estado de alarma, que haya estado de alarma sin guerra no es posible.

El efecto suspensivo del *iustitium* era bastante amplio, comprendiendo no solo la *iurisdictio* en el ámbito civil, sino también la gestión del erario, la represión de los crímenes en las formas ordinarias, mediante *iudicia* de las asambleas populares y de los jurados permanentes, el desarrollo de las *auctiones* y la audiencia a las embajadas.[615]

Para autores como Nissen (2014, citado por Agamben), el *senatus consultum ultimum,* la declaración de *tumultus* y el *iustitium* eran tres hechos íntimamente relacionados. El *consultum* presuponía el *tumultus,* y este último era la causa única del *iustitium*.[616] En este sentido, el *senatus consultum ultimum* y el *iustitium* fijaban el límite del orden constitucional romano, por cuanto el *iustitium* era declarado siempre *ex auctoritate patrum*, actuando el magistrado o el ciudadano común sobre la base de un estado de peligrosidad que autorizaba la suspensión del derecho.

Otro aspecto de gran relevancia respecto del *iustitium* es el de la punibilidad de aquellos actos cometidos durante la vigencia de éste. Con respecto a este tema, Nissen niega que un magistrado o los ciudadanos que hubiesen actuado conforme las prescripciones de un senadoconsulto pudieran ser punibles, una vez finalizado el *iustitium*. No obstante ello, la postura de este autor se contrapone con lo observado por otros respecto del exilio al que fue condenado

---

[615] *Ibidem* p, 116.

[616] Citado en AGAMBEN, *op. cit.,* p. 94.

Cicerón como consecuencia de la represión perpetrada cuando era cónsul en ocasión de la conjura de Catilina.[617]

Debe aclararse, para finalizar, que el *iustitium,* en cuanto suspensión temporal de la actividad jurídica y administrativa de la *res publica,* no implicaba una dictadura ni suplantación de poderes, sino una paralización formal de la vida pública mientras se enfrentaba la emergencia. La dictadura era, por cierto, otro instrumento del sistema político romano, reservado para períodos de crisis y anomia institucional. Se trataba de una magistratura extraordinaria conferida a un ciudadano por los cónsules, con aprobación del Senado. El dictador tenía plenos poderes —más que los cónsules— para actuar durante un máximo de seis meses, con el fin de resolver una crisis específica, como una guerra o un conflicto civil.[618]

En pasajes como *Pro Roscio (En defensa de Q. Roscio)* 48, 139 Cicerón justifica la legitimidad y necesidad de la concentración del poder en una sola persona en los momentos de emergencia pública.

---

[617] Garófalo ha escrito al respecto: "El problema era de particular relevancia porque concernía al carácter punible o no del hecho de matar a un ciudadano *indemnatus*. Ya Cicerón, a propósito de la muerte de los secuaces de Cayo Graco a manos de Opimio, considera un problema interminable (*infinita quaestio*) el de la punibilidad de quien mata a un ciudadano romano, si hubiera actuado en ejecución de un *senatus consultum ultimum* (*De Or.,* II, 31, 134); Nissen, por su parte, niega que ni el magistrado que hubiera actuado en ejecución de un senadoconsulto, ni los ciudadanos que lo hubieran secundado, fueran punibles una vez terminado el *iustitium*; pero en sentido opuesto figura el hecho de que Opimio fuera a pesar de todo sometido a un proceso (aunque absuelto) y de que Cicerón fuera condenado al exilio a consecuencia de su sangrienta represión de la conjura de Catilina". GARÓFALO, *op. cit.,* pp. 125-126.

[618] SILES VALLEJOS, A. (2024). La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional. *Derecho PUCP*, (73), 413-416.

Para el arpinate, en tales circunstancias primaba la ley natural, de origen divino, a la que se debía obedecer por encima de las leyes escritas por los hombres, y según la cual "todo lo que fuera saludable para la república [se considera] legítimo y justo; pues no es otra cosa la ley que la razón recta y nacida de la voluntad de los dioses, que ordena cosas honestas [y] prohíbe las contrarias" (*Filípicas* XI, 28).[619] Por su parte, en *De Legibus* (*Sobre Las Leyes*) 3, 8 puede leerse: "que la salvación del pueblo sea la ley suprema".[620]

Conviene señalar, por lo demás, que el problema fundamental que atribuía Cicerón a los poderes excepcionales era el riesgo de su prolongación indebida (*De Natura deorum —Sobre la naturaleza de los dioses—* I, 4,7), en la medida que se prorrogaran más allá de lo estrictamente necesario para salvaguardar la *res publica.*[621] Sin embargo, esta posibilidad, deplorable en sí misma, no anulaba la necesidad que tenía la república de contar con instrumentos extraordinarios que, aun suspendiendo ciertos derechos reivindicables en tiempos de normalidad, permitieran superar cualquier tipo de amenaza exógena o endógena que pusiera en vilo la *salus populi romani.*

---

[619] Es importante reparar en el contexto de esta definición de ley, que Cicerón inserta en *Filípicas* XI, 28 para justificar la decisión de Gayo Casio de marchar a Siria para refrenar a las tropas de Dolabela, "provincia a la que no le correspondía si los hombres se sirvieran de leyes escritas, pero que, anuladas estas leyes, era suya por ley natural".

[620] En *Filípicas* XI, 27 Cicerón expresa: "La salvación y la libertad de la patria es la ley más sagrada y la costumbre más respetable".

[621] D´ORS, A. (1961). Cicerón, sobre el estado de excepción. *Cuadernos de la Fundación Pastor*, (3), 12.

III. Naturaleza jurídica del estado de excepción

El estado de excepción se encuadra a nivel legal dentro de los márgenes del derecho constitucional, ya que su tratamiento constituye una cuestión ineludible al momento de hacer referencia a la suspensión de las garantías que emanan de la máxima norma jurídica de una nación. En este sentido, Marani (2012) indica que las llamadas emergencias constitucionales deben ser estudiadas en un capítulo destinado a los límites de los derechos, "allí donde se explica que los derechos personales, aun cuando protejan valores trascendentes no son absolutos y, por ende, en términos precisamente constitucionales, admiten su reglamentación".[622]

En efecto, algunas crisis representan situaciones de emergencia que pueden afectar gravemente la vida institucional, exigiendo una respuesta perentoria del Estado, que en tal coyuntura encuentra un fuerte obstáculo para el mantenimiento del orden público y la protección de la paz social.

De allí que en ese contexto la conducta eficaz "puede requerir el sacrificio siquiera parcial de los derechos personales, cuyo respeto y protección es parte del bien común".[623] Por eso, De Corail (2009) aduce que la excepcionalidad supone una "situación en la cual se encuentra un Estado que, en presencia de un peligro grave, no puede asegurar su salvaguarda más que desconociendo las reglas legales que rigen normalmente su actividad".[624]

---

[622] MARANI, N. (2012). La perduración de las emergencias Constitucionales. En E. L. PALAZZO (Dir). *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario* (p. 315). El Derecho.

[623] MARANI, *op. cit.,* p. 317.

[624] DE CORAIL, J. L. (2009). Voz Exception état d'. *Encyclopædia Universalis*. https://goo.su/Yzy6ox. Como tantos otros, este autor advierte diversas dificultades en torno a la fundamentación del estado de excepción, preguntándose si el derecho

Según lo anticipado en el apartado introductorio, la CN regula lo que podría considerarse la principal forma que reviste el estado de excepción en la Argentina: el estado de sitio. En la Primera Parte, Capítulo Primero de Declaraciones, derechos y garantías, artículo 23:

> En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.

Como puede apreciarse en el referido pasaje, existen dos escenarios que pueden justificar la declaración del estado de sitio: el ataque exterior y la conmoción interior. En el primer caso, la declaración corresponde al Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado de la Nación (art. 99, inc. 16), mientras que en el segundo caso es el Congreso (art. 75, inc. 29), salvo que éste se hallare en receso, pudiendo aquí ejercer esta facultad el Poder Ejecutivo y luego convalidarlo el Congreso.

Con respecto a la segunda causal, la conmoción interior, se trata de una figura lo suficientemente amplia como para interpretarse de manera flexible, de modo tal que en su definición recalan diversas situaciones de emergencia interna "que traiga aparejado un daño real o un peligro cierto e inminente para el sistema institucional".[625]

---

puede realmente reglamentar un instituto de esta naturaleza y anticipar los ajustes necesarios que deben implementar las instituciones estatales con el objeto de eludir los peligros que se siguen de su aplicación.

[625] EKMEKDJIAN, M. Á. (2007). *Manual de la Constitución Argentina* (p. 286). Lexis Nexis Argentina.

Por lo tanto, son muy disímiles las ocasiones en que puede apelarse al estado de excepción, más allá de la guerra o los casos de insurrección, que son los ámbitos tradicionales de aplicación:

> Desde hace algunos años, por estado de excepción ya no solo se identifica a los estados de emergencia constitucionales que rigen en períodos de guerra interna o externa, sino también a las legislaciones que restringen de manera considerable los derechos de los ciudadanos que el modelo democrático liberal prometía resguardar. En efecto, como excepcional se identifica a las leyes que regulan los delitos terroristas, el narcotráfico, pero también al conjunto de la legislación que surge especialmente en momentos de crisis económica y política, que se expresa principalmente a través de decretos, rompiendo con ello una de las reglas básicas del modelo de estado de derecho, esto es, que los derechos ciudadanos solo pueden afectarse mediante una ley.[626]

El caso paradigmático más reciente de crisis que puede mencionarse es la emergencia sanitaria por el Covid-19. El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) elevó a la categoría de pandemia la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus. Un día después el presidente Alberto Fernández firmó el Decreto 260/2020 mediante el cual declaró la "emergencia pública en materia sanitaria" en todo el territorio argentino. Una semana más tarde se dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) a través del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 297/2020.

Dicha medida restringió, entre otros, el derecho de libre circulación para todas las personas que habitaban en el país o se encontraran en él de forma temporaria, inicialmente desde el 20 al 31 de marzo,

[626] CHAHUAN ZEDAN, M. (2013). La excepción en el Derecho. Discusión del estado de excepción en la teoría jurídico-política. *Acta Bioethica, XIX(*1), 49.

pero prorrogándose ese plazo más tarde en reiteradas ocasiones como resultado del agravamiento de la situación epidemiológica.[627]

Mediante el artículo 3 del decreto se indicó que el Ministerio de Seguridad dispondría de "controles permanentes en rutas, vías y espacios públicos, accesos y demás lugares estratégicos que determine, en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para garantizar el cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio". A su vez, el artículo 6 exceptuaba del cumplimiento del ASPO y de la prohibición de circular a las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, quienes estaban obligadas a desplazarse solo para garantizar esas actividades y servicios.[628]

---

[627] "Las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas" (DNU 297/2020, art. 2).

[628] En tales circunstancias, el artículo 4 estableció que las sanciones por incumplimiento estarían sujetas al artículo 205 del Código Penal (CP), que reprime con prisión de seis meses a dos años a quien "violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia", y al artículo 239, que reprime con prisión de quince días a un año a quien "resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de una obligación legal".

IV. Los derechos civiles en el estado de excepción

Se ha sostenido en el apartado anterior que las emergencias constitucionales tienen como correlato la limitación de los derechos personales. Pero tal limitación no debe entenderse como si se tratara de la supresión total de la norma máxima de una nación, sino como una interrupción parcial y temporal de algunas garantías con el objeto de superar un período de fuerte inestabilidad y crisis institucional "con vistas a la recuperación de la normalidad constitucional".[629]

Ello significa que el estado de excepción no otorga un *bill* de indemnidad ni al Congreso ni al presidente, en el sentido de que no autoriza cualquier tipo de acción en menoscabo de los derechos y garantías constitucionales durante el tiempo de su vigencia. En el caso puntual del estado de sitio, diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina han evidenciado desde mediados del pasado siglo una tendencia a interpretar de manera restrictiva el poder de emergencia en manos del Poder Ejecutivo durante los períodos de excepcionalidad que se ajustan al régimen jurídico previsto por el artículo 23 de la CN.

Según Ekmekdjian (2007), en la causa "Sofia, Mario" del año 1959 la Corte Suprema recepta el control de razonabilidad como principio general que ha de seguirse respecto de las medidas que limitan o suspenden derechos constitucionales adoptadas por el jefe de Estado en el estado de sitio. Dicho control permite que las disposiciones impuestas por este último sean obliteradas en caso de no existir relación directa entre la emergencia y la restricción adoptada. Para el autor, la relevancia de la sentencia radica en que "si bien en forma muy tímida, este fallo implica ya el inicio de una corriente

[629] GARCÍA CUADRADO, *op. cit.*, p. 298.

que ampliará cada vez más el ámbito del control judicial de razonabilidad de las medidas restrictivas originadas en el estado de sitio".[630]

Más aún, en torno a la jurisprudencia del más alto tribunal de la nación, que de modo creciente ha ido admitiendo el control judicial sobre las medidas de excepcionalidad dictadas por el Ejecutivo en los estados de sitio, se fue configurando un cuerpo de doctrina conocido como teoría finalista, uno de cuyos expositores más conocidos ha sido el Dr. Bidart Campos (1996), quien formuló su posición en los siguientes términos:

> [La teoría finalista] habilita un amplio control judicial de razonabilidad de cada medida restrictiva, tanto si recae mediante arresto o traslado sobre la libertad corporal de una persona, como si afecta a derechos distintos de la libertad corporal. Por supuesto que dicho control sólo cabe en el marco de un proceso judicial impugnatorio de la restricción, dentro del esquema normal del control de constitucionalidad. Pero el control judicial de razonabilidad, según esta teoría, solamente permite descalificar una restricción cuando el ejercicio del derecho sobre el cual recae no puede originar peligro, con su ejercicio, para los fines propios del estado de sitio. […] La teoría finalista concluye afirmando que durante el estado de sitio solo se pueden afectar derechos y garantías cuyo ejercicio es susceptible de provocar en "cada caso" concreto un peligro real y actual para el "fin" (conjurarlo) que se propone el estado de sitio que se ha puesto en vigor.[631]

En resumen, para el jurista en el estado de sitio solo es lícita la suspensión de aquellos derechos y garantías cuyo ejercicio impide la preservación del orden constitucional, que es lo que precisamente se persigue con la declaración de esa emergencia. Así, no cabe admitir

---

[630] EKMEKDJIAN, *op. cit.*, p. 288.

[631] BIDART CAMPOS, G. (1996). *Manual de la Constitución Reformada* (p. 187). Tomo 2. Ediar.

una disposición que no esté en sintonía con esa finalidad, por lo que "se debe investigar si la medida restrictiva en cuestión tiene relación directa con la emergencia que se quiere conjurar".[632]

En este marco, el derecho internacional ofrece parámetros objetivos para delimitar el alcance de las facultades extraordinarias en los períodos de emergencia constitucional y, de esta manera, regular la suspensión de los derechos fundamentales. Como afirma Meléndez (1997):

> En muchos Estados esta normativa jurídica internacional ha pasado a formar parte de su legislación interna, por la vía de la firma y ratificación de los tratados internacionales, lo cual constituye un avance muy importante respecto del Derecho Internacional convencional al enriquecer el ordenamiento jurídico interno de los Estados en materia de protección de los derechos humanos.[633]

En Argentina, el artículo 75, inc. 22, de la carta magna admite la jerarquía constitucional de diversos tratados y convenciones internacionales en cuya redacción no se ha omitido el tratamiento de la excepcionalidad frente a los casos de peligro público o de emergencias que amenacen la independencia o seguridad de los Estados parte, facultándolos a adoptar disposiciones que suspendan las obligaciones contraídas en dichos tratados, sin que ello suponga desconocer las obligaciones que les impone el derecho internacional. Entre los tratados que aparecen en el mentado artículo vale mencionar dos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San

---

[632] EKMEKDJIAN, *op*, *cit*., p. 289.

[633] MELÉNDEZ, F. (1997). *Los Derechos fundamentales en los estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* [Tesis doctoral, Universidad Complutense, España], p. 7.

José de Costa Rica, 1969) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).[634]

En su artículo 27, el Pacto de San José de Costa Rica admite que, en caso de guerra, peligro público u otra emergencia, los Estados firmantes pueden apartarse temporalmente de las obligaciones contraídas en esa convención. Allí aclara, sin embargo, que no se autoriza a los Estados parte a suspender ninguno de los siguientes derechos: derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; derecho a la vida; derecho a la integridad personal; prohibición de la esclavitud y servidumbre; el principio de legalidad y de retroactividad; la libertad de conciencia y de religión; la protección a la familia; el derecho al nombre; los derechos del niño; el derecho a la nacionalidad; los derechos políticos ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Más aún, el Pacto de San José exige que los Estados que invoquen el uso de esa facultad informen inmediatamente al resto de los países integrantes de la Convención, por medio del secretario general de la Organización de los Estados Americanos, "de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión" (art. 3).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también reconoce en su artículo 4 la existencia de situaciones excepcionales "que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente". En línea con el Pacto de San José de Costa Rica, subraya que las disposiciones adoptadas no deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Asimismo, prohíbe

[634] Argentina aprobó por Ley 23.313, del 17 de abril de 1986, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con su protocolo facultativo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

la suspensión de los siguientes derechos: derecho a la vida; prohibición de torturas, tratos crueles; prohibición de la esclavitud y servidumbre; prohibición de encarcelar por el solo hecho de no cumplir una obligación contractual; principio de legalidad penal; derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; libertad religiosa.

Este elenco de derechos inderogables en un estado de excepción no es exhaustivo, ya que no debe soslayarse la prohibición de las detenciones arbitrarias, así como la perennidad de las garantías judiciales, incluyendo el recurso de *habeas corpus* o exhibición personal, amparo y los principios del debido proceso, tal como la presunción de inocencia.[635]

De esta manera, y siguiendo la observación de Meléndez (1997), puede decirse que el listado de derechos susceptibles de ser restringidos temporalmente durante una emergencia constitucional, según el derecho internacional, representa un mínimo desde el punto de vista cuantitativo, frente a la mayoría de los derechos fundamentales inderogables y de sus garantías jurídicas de protección.[636]

---

[635] Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 29: art. 4: La suspensión de disposiciones del Pacto durante un estado de excepción, 2001, párrafo 13 a 16; Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A, N° 8 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC -9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A, N° 9.

[636] MELÉNDEZ, *op. cit.,* p. 473.

V. Conclusión

Las emergencias constitucionales contemporáneas son una herencia del derecho romano, que preveía diversos mecanismos extraordinarios para palear graves crisis institucionales tales como la dictadura o el *iustitium*, más allá de que tenían procedimientos de activación diferentes y grados distintos de formalización, con mayor o menor intervención del Senado. Estos instrumentos ponían en suspenso el sistema legal vigente, y su uso no solo era tolerado, sino hasta señalado como necesario en épocas de inestabilidad social o política, tal como se infiere del testimonio de dos *auctoritates* citadas en este trabajo: Aulo Gelio en *Noches Áticas* XX, 1, 43 o Cicerón en *Pro Roscio* 48, 139 y en *De Natura deorum* I, 4, 7.

De esta manera, el derecho romano, fuente inspiradora de un vasto conjunto de instituciones jurídicas modernas, permite apreciar que la declaración de una emergencia pública, con arreglo a la cual la norma máxima de una nación autoriza la suspensión temporal de ciertos derechos o garantías a sus ciudadanos, no supone un quebrantamiento o ruptura del estado de derecho, sino un salvoconducto necesario para restablecer la paz y el orden amenazados por factores extrínsecos o intrínsecos a la república.

Ahora bien, la evolución del derecho y, en particular, las contribuciones del derecho internacional de los derechos humanos en este campo, demuestran que, aún en tiempos de excepcionalidad, existen límites que deben cumplirse, tal como se ha mostrado en las páginas precedentes, al mencionar las restricciones que imponen algunos tratados internacionales que, en el caso de Argentina, poseen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22).

Por cierto, el Pacto de San José de Costa Rica (1969) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) delimitan con precisión las atribuciones excepcionales de los Estados firmantes durante una situación de emergencia al explicitar de manera clara y

enfática los derechos que jamás pueden suspenderse, y hasta incluyendo garantías judiciales para la protección de tales derechos.

Por lo tanto, para el derecho internacional de los derechos humanos no todos los derechos fundamentales son incondicionalmente suspendibles en los estados de excepción, ya que si bien en dichos períodos se autoriza la restricción temporal de algunos derechos, existen otros que son considerados inviolables e inamisibles, incluso en tales situaciones.

Así las cosas, y para decirlo de manera enfática, el estado de excepción no es un "vale todo" o la consagración jurídica de la arbitrariedad. Muy por el contrario, en el marco de un sistema republicano y democrático, los Estados deben únicamente limitar el ejercicio de ciertos derechos y garantías fundamentales, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, hasta que haya cesado el grave peligro que se cernía sobre la nación y amenazaba al bien común. Transcurrido ese período de inestabilidad y crisis, urge el restablecimiento de las condiciones de normalidad institucional que emanan del estado de derecho.

VI. Referencias

AGAMBEN, G. (2014). *Estado de excepción*. Traducción de Flavia Costa e Ivana Costa. Adriana Hidalgo

AULO GELIO (1893). *Noches Áticas*. Traducción de F. Navarro y F. Calvo. Librería de la Viuda de Hernando y Cía.

BIDART CAMPOS, G. (1996). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo 2. Ediar.

CHAHUAN ZEDAN, M. (2013). La excepción en el Derecho.

Discusión del estado de excepción en la teoría jurídico-política. *Acta Bioethica*, *XIX*(1), 49-57.

CICERÓN (2016) *Del supremo bien y del supremo mal. Sobre la naturaleza de los dioses*Introducciones, traducciones y notas de V. J. Herrero Llorente y A. Escobar. Gredos.

CICERÓN (1991). *Discursos III. En defensa de P. Quincio. En defensa de Q. Roscio. El cómico. En defensa de A. Cecina. Acerca de la ley agraria. En defensa de L. Flaco. En defensa de M. Celio*. Gredos.

CICERÓN (1985). *En defensa de Milón* (Pro Tito Annio Milone Oratio). Edición, traducción y notas de J. A. Ayala. Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana.

CICERÓN (2007). *Filípicas*. Traducción de M. J. Muñoz Jiménez. Gredos.

CICERÓN (2019). *Sobre Las Leyes*. Traducción, notas e introducción de L. E. Corso de Estrada. Colihue.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 24 de Julio de 2001, Observación General N°29, en SAIJ Id: FA01720000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 30/01/1987, *Opinión Consultiva OC-8/87 – El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías,* en Serie A, N° 8.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 06/10/1987, Opinión Consultiva OC -9/87 – Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, N° 9.

DE CORAIL, J. L. (2009). Voz *Exception état d'*. *Encyclopædia Universalis*. https://goo.su/Yzy6ox.

D´ORS, A. (1961). Cicerón, sobre el estado de excepción. *Cuadernos de la Fundación Pastor*, (3), 11-31.

EKMEKDJIAN, M. A. (2007). *Manual de la Constitución Argentina*. Lexis Nexis Argentina,

GARCÍA CUADRADO, A. (2010). *Derecho, Estado y Constitución: El estatuto científico y otros temas fundamentales de Derecho Constitucional*. Club Universitario.

GARÓFALO, L. (2011). *Biopolítica y Derecho Romano*. Traducción de Edorta Córcoles Olaitz. Marcial Pons.

HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Ley 11.179. Código Penal*, en B.O.: 03/11/1921.

HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Ley 23.054. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto San José de Costa Rica*, en B.O.: 27/03/1984.

HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Ley 23.313, Pactos Internacionales: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,* en B.O.: 13/05/1986.

HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Ley 24.430. Constitución Nacional*, en B.O.: 10/01/1995.

MARANI, N. (2012). *La perduración de las emergencias Constitucionales*. En E. U. PALAZZO (Dir). *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*. El Derecho.

MELÉNDEZ, F. (1997). *Los Derechos fundamentales en los estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* [Tesis doctoral, Universidad Complutense, España].

PODER EJECUTIVO NACIONAL. *DNU 260 / 2020. Emergencia Sanitaria,* en B.O.: 12/03/2020.

PODER EJECUTIVO NACIONAL. *DNU 297 / 2020. Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio. Coronavirus (Covid -19)*, en B.O.: 20/03/2020.

SILES VALLEJOS, A. (2024). La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional. *Derecho PUCP*, (73), 411-424.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE FORMOSA, 22 de agosto de 1994, *Recurso extraordinario, gravedad institucional. Sumario de Fallo*, en SAIJ, Id: SU20002952, Disponible en: https://bit.ly/3zq1F6S

TORRENT, A. (2004). *Derecho público romano y sistema de fuentes*. Edisofer.

Conductas sexuales en Roma: prostitución, lenocinio y alcahuetería

María Cristina Filippi[637]

I. Prostitución

Suele decirse que es la profesión más antigua del mundo y eso, al menos en lo que a Roma respecta, resulta verdad si hemos de estar al mito de su fundación. Cuenta Tito Livio[638] que Rómulo y Remo fueron recogidos y amamantados por Acca Laurentia, mujer que pese a disfrutar de una posición social relativamente elevada, ya que su esposo Fáustulo era el mayoral de los ganados del rey, ejercía la prostitución. Por ello, porque frecuentaba los lupanares, los pastores la llamaban *lupa,* la loba, lo que habría dado lugar, según el historiador, a la prodigiosa leyenda.

La profesión en Roma no era en sí ilícita, ¿cómo podría serlo? Sin embargo, las mujeres que la practicaban ameritaban la tacha de infamia. Hay que reparar muy bien la enseñanza de Modestino (D.

[637] Abogada. Doctora en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba). Profesora titular de Derecho Romano en la Universidad Nacional de Córdoba y profesora emérita de Derecho Romano en la Universidad Católica de Córdoba. Investigadora categorizada en el sistema nacional. Directora del Instituto de Investigación de Derecho Romano "Dr. Agustín Díaz Bialet", de la Universidad Católica de Córdoba.

[638] *Los Orígenes de Roma.* Versión cit. Libro I. Parágrafo 4. pp. 70-71.

23. 2. 42. pr): "En las uniones se ha de considerar siempre no solo lo que sea lícito, sino también lo que sea honesto". ¿Quiénes eran meretrices? Ulpiano parece haber sido muy puntilloso al detallar el tema. Prostituta es:

> La que públicamente hace ganancia, no solamente la que se prostituye en un lupanar, sino también la que, como suele suceder, no respeta su pudor en la taberna de un hostelero, o en cualquier otra parte (D. 23. 2. 43. pr).
>
> Públicamente lo entendemos de este modo, indistintamente, esto es sin elección... la que hace las veces de prostituta (D. 23. 2. 43. 1).
>
> Pero también con muchísima razón, dice Octaveno, que la que públicamente se hubiese prostituido sin ganancia, debió contarse entre éstas (D. 23. 2. 43. 3).
>
> Si teniendo una hostería tuviera en ella mujeres de partido... (D. 23. 2. 43. 9).
>
> ...la condenada en público juicio... (D. 23. 2. 43. 10).
>
> La que ha sido hallada en adulterio..." (D. 23. 2. 43. 12).
>
> la... que hubiere hecho ganancia con su cuerpo, o representado en las diversiones públicas, o que hubiere sido condenada en juicio público.

Ahora es Paulo quien se extiende sobre el tema, en D. 23. 2. 47. Identificar a una meretriz no siempre era fácil, salvo los supuestos obvios. Por eso nos es difícil, o quizás no lo sea, según el caso, entender a Ulpiano, cuando dice (D. 47. 10. 15. 15): "... doncellas vestidas con traje de esclavas... o traje de meretriz"

¿Cuál era el traje de meretriz? No lo sabemos, aunque cabe suponerlo bastante menos recatado que el de la matrona romana.

Aparentemente, su color debía ser amarillo, aunque esto no debió ser siempre acatado por las que supuestamente estaban obligadas a usarlo.

Son mujeres públicas, porque se entregan sin distingos, vivan en un lupanar o no. Lo usual era que ejercieran su oficio, las que no tenían un lugar fijo, en los huecos de las murallas de la ciudad, que harían las veces de las "zonas rojas" de las ciudades de hoy.

No es necesario o imprescindible que reciban dinero, bastaba con que fueran promiscuas sin hacer distingos (Ulpiano citando a Otaveno, en D. 23. 2. 43. 3), y tampoco era relevante el número de hombres que hubiesen tenido. Sin embargo, Ulpiano sostiene que, aunque hubiese recibido dinero, no se reputaba meretriz la que se hubiese acostado con uno o con dos (D. 23. 2. 43. 2).

En fin, debía de tratarse, como tantas otras, de una cuestión que se discernía en el caso concreto. Hubo muchas, muchísimas, amantes de políticos y magistrados a las que, pese a su liviandad de costumbres, no se las consideró prostitutas. O si lo fueron, gozaron de alta consideración pública, como Clodia, hermana de Clodio, frustrado pretendiente de la mujer de César, asesinado por Milón en la vía Apia, en los tiempos que Pompeyo era el amo de Roma. Ella, en sus tiempos la prostituta más conspicua de la ciudad, vivía fastuosamente, y nadie rehusaba una invitación suya para participar de algún banquete.

Las leyes *Iulia y Papia Poppaea* de Augusto consideraban que las nupcias celebradas con prostitutas no eran válidas a sus efectos (Modestino, en D. 23. 2. 42. pr y 1).

Enseña Ulpiano en sus *Reglas*[639] (13. 1): "La ley Julia prohíbe a los senadores y a sus hijos tomar por mujer a las libertas dedicadas a la representación en las diversiones públicas, o que lo hubieran hecho

[639] ULPIANO (1970). *Reglas*. Traducción por Nina Ponssa de la Vega de Miguens. Lerner.

el padre, o la madre de ella, asimismo a la que comercia con su cuerpo". La disposición continúa en el parágrafo siguiente (13. 2): "A los demás ingenuos se les prohíbe tomar por mujer a la proxeneta, o a la que fue manumitida por tal razón, o a la que es sorprendida en adulterio o condenada en juicio público, asimismo prohíbe casarse con la que se dedica al teatro o a la representación en diversiones públicas. Mauriciano añade a la condenada por el Senado".

Las meretrices públicamente consideradas tales estaban excluidas como beneficiarias de los testamentos, hasta de los hechos por militares, conforme enseña Trifonino en D. 29. 1. 42. 1. Y no solamente de los testamentos, también de las herencias, ya que las que se les dejaban iban a parar al fisco, aunque se tratase de testamentos militares (Papiniano, en D. 34. 9. 13 y 14).

En definitiva, y para generalizar, se hallaban excluidas de todas las herencias. Enseña Paulo (D. 37. 12. 3. pr): "Si... hubiese instituido herederas a personas torpes, por ejemplo, a una ramera, se le da al ascendiente la posesión de todos los bienes contra el testamento...".

Ahora bien, ser prostituta tenía sus ventajas, ya que el sexo era la profesión habitual de ellas. Por consiguiente, no comete estupro el que se acuesta con una ramera: "...impunemente se cometería con ella el estupro" (Ulpiano, en D. 48. 5. 13. 2). Una meretriz públicamente reconocida, que continúa con su profesión después del matrimonio, no podía ser acusada de prostitución, ni de lenocinio al marido que permitía esa actividad. Obviamente no se aplica la misma regla si se trata de una prostituta de otro tipo. Cabe decir discreta, o no públicamente reconocida como tal, supuesto en que el marido sí podría acusarla de adúltera. Ya lo expuse más arriba, y la afirmación sigue hoy teniendo vigencia.

Las prostitutas no tenían permitido el acceso libre a espectáculos públicos ni a diversiones. Tampoco podían usar la *stola*, vestimenta típica de la matrona romana, que simbolizaba su dignidad moral. Debían en principio registrarse ante el edil, aunque seguramente la mayoría no lo hacía, y pagar un impuesto especial, que casi todas

han de haber evadido. Para ello había que declararse públicamente de esa condición, pero ¿cuántas que actuaban como tales fingían no serlo?

De todas maneras, tanto en este tema como en los demás que trato en el presente trabajo, una cosa eran las leyes y otra la realidad. Teodora, la esposa de Justiniano, quizás la mujer de toda la historia del Imperio romano que mayor poder llegó a acumular desde su rango de emperatriz, ¿en sus orígenes qué fue?

El hijo de una prostituta será, en la época posclásica, ilegítimo y dentro de éstos se lo categorizará como espúreo. Se trata de los hijos *vulgo concepti*, de quienes no puede saberse con certeza cuál ha sido el padre, por ejemplo, los habidos con esclavas (Papiniano, en D. 48. 5. 6.pr), con prostitutas (Ulpiano, en D. 48. 5. 14. 2), con alcahuetas y actrices (Papiniano, en D. 48. 5. 11. 2).

No era esencial, por lo que acaba de enunciarse, que la prostituta cobrase por sus servicios, aunque usualmente lo hacía, ya que de ello vivía. Marcelo, citando a Labeón (D. 12. 5. 4. 3), sostiene que el dinero dado a una meretriz no era reintegrable, hubiese cumplido o no la función para la que fue contratada. Se lo consideraba como un regalo, una donación que no era revocable.

Me he sorprendido al leer este último fragmento, aunque reflexionándolo bien no es algo que debiera llamar la atención, y posiblemente hasta haya resultado superfluo. ¿Qué hombre con alguna autoestima habrá reconocido que pagó por servicios sexuales?

II. Lenocinio y alcahuetería

La alcahuetería, entendiéndose por tal a la facilitación o explotación de la prostitución, no fue originariamente un delito, por más que constituyese una profesión infamante tanto para el que la ejerce como para la mujer o el hombre que se dejan prostituir.

Podía considerarse incurso en esta categoría, inclusive al esposo de la mujer que regentea una casa de prostitutas, pasando por el marido que tolera el adulterio, e incluyendo también en ciertas ocasiones a quien se casa con una prostituta o una adúltera, sabiendo que lo es. Igualmente, el *balneator* o la *balneatrix* (dueño o dueña de casas de baño), o los propietarios de tabernas donde se brinda además de la comida el servicio íntimo de las mozas que atienden las mesas, pueden entrar en esta categoría, debido a los servicios que proveen. La enumeración es meramente ejemplificativa.

Pero a partir de la ley *Iulia de Adulteriis Coercendis* eso va a cambiar. El leno, o lenón, cometerá un delito no menos grave que la prostitución que facilita o tolera, y el primer destinatario de la condena legal será el marido, que no actúa al tomar noticia del adulterio que su mujer comete. Recuérdese a Ulpiano (D. 48. 5. 2. 2): "Por la ley Julia sobre los adulterios se estableció ciertamente el delito de lenocinio, porque se fijó pena contra el marido que hubiere recibido alguna cosa por el adulterio de su mujer, y también contra el que retuviere (sin repudiarla) a la sorprendida en adulterio".

El mismo jurisconsulto, en el parágrafo siguiente (D. 48. 5. 2. 3), da la explicación: "El que consiente que delinca su mujer, o menosprecie su matrimonio, y el que no se indigna por la mancillación, no castiga con pena al adúltero". Ahora bien, si la esposa adúltera invocaba el consentimiento, es decir, el lenocinio, del marido, no escapaba por ello a las penas que le correspondían (Ulpiano, en D. 48. 5. 2. 4). El lenocinio del marido no excusa a la mujer (Ulpiano, en D. 48. 5. 2. 5). Ahora bien, si aquel de alguna manera puede verosímilmente alegar ignorancia (Ulpiano, en D. 48. 5. 29. 4), entonces no es penado.

Esto de la ignorancia ha de haber sido un recurso bastante utilizado y fácilmente aceptado, por inverosímil que suene. Por mi parte, jamás pude explicarme cómo Cayo Julio César mantuvo relaciones íntimas con Servilia, mujer casada y de buena familia, sin que el marido reaccionase. Recuérdese que estos tratos duraron bastante

tiempo, ya que el dictador estaba convencido que Bruto, hijo de Servilia, había sido engendrado por él.

A esta altura de mi recorrida por las proezas sexuales de personajes históricos, que vengo comparando con la legislación vigente, ya nada puede extrañarnos. No nos sorprenda tampoco que, cuando Servilia comenzó a ser castigada por los años, César tomó como amante a Tertia, la hija de aquella. A la madre le permitió, tal vez por retribución de servicios, recibir herencias, sin las limitaciones legales que por entonces existían para las mujeres. Cicerón, con su mordacidad habitual, solía hacer un juego de palabras y decía que Servilia había heredado *"Tertia deducta"* (literalmente, con deducción del tercio).

En la misma categoría de lenón caía (Ulpiano, en D. 48. 5. 29. 2) el que lucrase, recibiendo algún precio, por permitir, facilitar o tolerar la actividad sexual extramatrimonial de una mujer casada (adulterio) o de una joven o muchacho, solteros y de buena familia (estupro), fuese cónyuge, pariente o un extraño. La ley *Iulia* usa indistintamente las palabras estupro y adulterio (Modestino, en D. 50. 16. 101), aunque conceptualmente ambas situaciones esencialmente son diferentes. La denuncia del delito, en este caso, podía hacerla cualquiera que supiese de la existencia del adulterio, y que el marido no había actuado en consecuencia (Ulpiano, en D. 48. 5. 2. 6).

No hace falta abundar más, me remito a lo expuesto anteriormente al desarrollar los temas de adulterio y estupro. Solamente me cabría una reflexión final, y es que esta figura delictiva debe haber dejado pasar por alto muchísimos casos de lenocinio, sobre todo cuando el cómplice de la adúltera fuese un personaje de elevada posición social, por no hablar del emperador mismo. ¿Quién osaría denunciar como lenón al que toleró que su mujer se acostara con un alto magistrado? ¿Máxime si, a raíz de esa misma permisividad, la persona que la ley califica de delincuente es, ahora, un individuo de alta jerarquía? Me atrevo a decir que muy pocos.

Mi afirmación no es temeraria, y doy pruebas. Suetonio[640] narra que al emperador Augusto era en ocasiones disoluto y hace referencia a cierto episodio durante el cual sacó a la mujer de un cónsul de la mesa, donde comía conjuntamente con él y su esposo, para llevarla a su alcoba a la vista de todos los comensales, de la cual la mujer volvió tiempo después con las orejas encendidas, y el pelo revuelto.

El mismo Augusto contrajo matrimonio con Livia Drusila, hasta entonces esposa de Tiberio Nerón,[641] a quien forzó a repudiarla para poder, a su vez, desposarla. ¿Habrá sido un enamoramiento meramente platónico? Lo dudo, con seguridad hubo alguna experiencia más próxima de lo que las buenas costumbres aconsejaban antes de todo esto.

¿Se habrán atrevido el cónsul que mencioné más arriba o Tiberio Nerón a acusar a Augusto? No es verosímil, sin embargo, nadie les imputó lenocinio.

Los ejemplos, sacados de la vida escandalosa de algunos emperadores, serían infinitos. Aelio Lampridio[642] cuenta que Heliogábalo, si bien nunca engañó a su esposa con otra mujer más de una vez seguida (lo que no obsta a que lo haya hecho con muchas, pero solamente una oportunidad con cada una), mantenía lupanares en el propio palacio imperial para uso exclusivo de sus cortesanos.

Tiberio, por su parte, cuenta Suetonio,[643] hizo instalar un local provisto de bancos para obscenidades secretas, donde alentaba juegos deshonestos entre muchachos y muchachas licenciosos, los que emparejados en lo que él llamaba *spintrias*, formación en triple cadena, "se prostituían entre sí, en su presencia". Nadie llamó nunca lenón al emperador. Para colmo, se trataba de jovencitos, apenas núbiles,

---

[640] *Vidas de los Doce Césares*. Edición citada. Libro II. El Divino Augusto. Capítulo 69.

[641] *Ibidem*, Capítulo 62.

[642] Véase su biografía sobre la vida de *Antonino Heliogábalo,* ya citada.

[643] *Vidas de los Doce Césares.* Edición citada. Libro III. *Tiberio.* Capítulo 43.

o quizás que todavía no habían llegado a la pubertad. Proxeneta y pederasta era el emperador. ¿Alguien se lo habrá echado en cara?

III. El Código Penal argentino

Nuestro derecho penal tuvo como influencia y se formó progresivamente con la recepción de la legislación y doctrina europeas, siendo casi fuente exclusiva de la legislación represiva vigente en el territorio del Virreinato del Río de la Plata, que luego pasó a las Provincias Unidas y finalmente la República Argentina. Hasta la codificación del derecho penal, cuya labor se inicia con el Proyecto Tejedor (1866-1868), de influencia germanista, numerosas leyes españolas rigieron en la materia: la Nueva Recopilación, las Leyes de Indias, las Partidas, el Fuero Juzgo, las Leyes de Toro, la Novísima Recopilación, leyes que a su vez reflejaban la recepción del derecho canónico y el derecho romano.

III. 1. Prostitución

El bien jurídico protegido es la normalidad sexual. Se entiende por prostitución a la "depravación de los motivos generadores del trato sexual". El sexo y el amor son sustituidos como motivo habitual del acto sexual, por la finalidad del sujeto de satisfacer el propio ánimo de lucro o el ajeno, entregándose para ello a personas indeterminadas. No hay prostitución sin trato sexual habitual, venal e indeterminado en cuanto al destinatario de la entrega. Porque la prostitución consiste en la entrega sexual habitual, por precio y a personas indeterminadas. Tres son los requisitos para considerar prostitución a una determinada actividad: 1) habitualidad en la entrega: constituye un estado o modo de vida y no un hecho o hechos

aislados, 2) venalidad en la entrega: el sujeto pasivo obedece al fin de satisfacer el lucro propio o el de un proxeneta, 3) promiscuidad en la entrega, es decir, la entrega sexual a personas indeterminadas.

Los antecedentes del ordenamiento jurídico vigente en la materia son:

a) El sistema prohibicionista

Este sistema consideraba a la prostitución un delito y a las personas que se dedican a ella, delincuentes. Y sus clientes serían codelicuentes, ya que se lo consideraba un delito de acción bilateral, es decir que solo podría cometerse por la acción conjunta del cliente y la persona que le entrega su cuerpo con fines sexuales y lucrativos, de modo habitual y promiscuo. Dicho sistema nunca rigió en la Argentina.

b) El sistema reglamentarista

En nuestro país siempre se castigó al lenón o proxeneta, desde el Proyecto Tejedor, que fue ley penal para Buenos Aires, y el Proyecto de 1881 de Villegas, Ugarriza y García, que lo fue para Córdoba, hasta la sanción del Código Penal de 1886. Este Código se limitaba a castigar el proxenetismo en perjuicio de menores de sexo femenino. Sus previsiones fueron ampliadas por la Ley 9143, llamada "Ley Palacios", sancionada en 1913, que castigó a los promotores o facilitadores de la corrupción y de la prostitución tanto de mayores como de menores y tráfico de mujeres para ese fin. Esas leyes no dieron fruto, al igual que el Código del 1921 durante los primeros años de su vigencia, ya que en el país se admitía la existencia de prostíbulos, los cuales eran reglamentados por el Estado, que los sometía a inspecciones sanitarias y lucraba con su funcionamiento. Solo se perseguía a los prostíbulos ilícitos o clandestinos. Esas reglamentaciones

provenían de las municipalidades, siendo la primera ordenanza que dio origen al sistema reglamentarista en Argentina, dictada por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y la segunda de Córdoba, en 1883, a las que siguieron otras. Este sistema fue duramente criticado por la forma en que debían realizarse los controles médicos sobre las pupilas (cada vez que se mantenía una relación con un cliente, lo cual era casi imposible) y además porque obligaba al Estado a reconocer actividades altamente inmorales como la trata de personas y el proxenetismo, importando el reconocimiento y legalización de formas esclavistas proscriptas en convenios y tratados internacionales (actualmente incorporados al sistema constitucional argentino, artículo 75, inc. 22, de nuestra carta magna).

c) El sistema abolicionista

Este sistema fue adoptado en nuestro país en 1936, mediante la Ley 12.331, llamada de profilaxis venérea, que entró en vigencia en 1937, imponiendo el criterio abolicionista, que importaba la supresión del reglamentarismo hasta entonces aceptado. En los artículos 15 y 17 se prohíbe en todo el país el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución o se incite a ella, y se castiga a los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente las llamadas "casas de tolerancia", nombre de origen francés más eufemístico que el usado de "prostíbulos". El sistema abolicionista fue alterado por el Decreto 10.638 promulgado el 28/4/1944 durante la presidencia de Pedro Pablo Ramírez y posteriormente ratificado por la Ley 12.912 dictada por el Congreso General de la Nación en diciembre de 1946, durante la primera presidencia de Juan Domingo Perón. El citado decreto mantenía la prohibición de instalar prostíbulos, pero admitía algunos que fuesen autorizados, atendiendo a las necesidades y situaciones locales, por la Dirección, después Secretaría y posteriormente Ministerio de Salud Pública de

la Nación, por lo que se volvió un reglamentarismo limitado. El decreto precisó que el simple ejercicio de la prostitución por la mujer, en su casa, en forma individual e independiente, sin afectar el pudor público, no constituía el delito previsto en los artículos 15 y 17 de la Ley 12.331. Posteriormente, mediante decreto suscripto por el presidente Perón el 20/12/1954, se delegó expresamente en los gobiernos de provincias, territorios nacionales e intendencia de Buenos Aires, la facultad de autorizar la apertura de prostíbulos patentados, apartándose de esta manera aún más del criterio abolicionista.

El 6 de diciembre de 1955, Pedro E. Aramburu, en ejercicio de las funciones del Poder Ejecutivo Nacional, dictó el Decreto 4683 por el que dejó sin efecto el anterior de 1954. Este nuevo decreto no entró en vigencia porque inexplicablemente no fue publicado en el Boletín Oficial. En 1957 Argentina ratificó el convenio para la represión de trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, que había aprobado la IV Asamblea Gral. de Naciones Unidas en 1949. Diez años más tarde, el 22/6/1959, el gobierno de Arturo Frondizi hizo publicar el decreto de 1955. Sin embargo, continuó vigente el decreto 10638 y sus disposiciones reglamentaristas hasta junio de 1965, fecha en la que, siendo presidente Arturo U. Illia, el Congreso sancionó la Ley 16.666 que lo derogó y devolvió a los artículos 15 y 17 de la Ley 17.567 su redacción originaria, netamente abolicionista. La Ley 17.567, en virtud de que en el nuevo texto del artículo 126 del Código Penal introducido por ella quedaban comprendidas las conductas reprimidas por las citadas disposiciones de la Ley 12.331, las derogó. La Ley 20.509 dejó sin efecto a la Ley 17.567 y las disposiciones de la Ley de 1936 recuperaron su vigencia. La Ley 21.338, pese a no haber restablecido el texto del artículo 126 de la Ley 17.567, volvió a derogarlas y fueron nuevamente puestas en vigor por la Ley 23.077 (artículo 1°) que derogó la Ley 21.338. La "casas de tolerancia" o lugares que un proxeneta sostiene (tiene o mantiene o presta un apoyo o un auxilio material para que ese local sirva a su fin), administra (ejerce la autoridad

en su gobierno) o regentea (participa en ese gobierno en relación de dependencia) para que en ellos, pública o clandestinamente, se ejerza habitualmente la prostitución siguen prohibidas en nuestro país (Ley 12.331, artículo 15) y continúan siendo delictivas las actividades de sostenimiento, administración o regencia de ellas (Ley 12.331, artículo 179). Pero la realidad es que funcionan bajo formas encubiertas de establecimientos autorizados administrativamente como casa de baños sauna o de masajes, promocionados como tales en periódicos, cuyos encargados proporcionan en ella mujeres mayores de edad para mantener por precio relaciones sexuales en sus dependencias.

III. 2. La rufianería

Esta es una figura ligada a las de proxenetismo y lenocinio. La rufianería como delito aparece en el proyecto de 1906, en la que regía el sistema reglamentarista antes explicado. Se castigaba el lucrar con la prostitución de una mujer, excepto si lo hacían los regentes de los prostíbulos autorizados que existían en esa época.

En la Exposición de Motivos de 1917 se hacen consideraciones que fundamentan la punición de esa conducta:

> Aquí es frecuente el caso del individuo que teniendo vida marital con una mujer vive a costa de su prostitución, costeando sus vicios con el "trabajo" de la mujer, a la cual coloca en una casa de tolerancia o a la cual obliga a ejercer su comercio en las calles. El sujeto, cuando la coloca, cobra los rendimientos y cuando la mantiene en aparente libertad, la acecha para quitarle el dinero de "los clientes" (…) "Este sujeto es penado solo cuando se prueban violencias. Pero es el caso que tienen de tal manera dominadas a sus víctimas que todas las veces que éstas son llamadas a los tribunales para averiguar si se ejercitan violencias sobre sus personas, niegan categóricamente su concurrencia, salvando al explotador que las trata peor que

> los antiguos negreros a sus esclavos. Es preciso hacer desaparecer esa lacra social, es necesario reprimir severamente a esos sujetos haraganes que viven de la corrupción de sus víctimas, y a ello se encamina el proyecto, que los castiga aun mediando el consentimiento de la mujer.

El Código de 1921 no la castigó y la Ley 12.331, reformada por la 12.912, al castigar a los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente, casas de tolerancia (artículo 17), previó alguna forma de rufianería indirecta.

El Proyecto Coll-Gómez de 1937 contempló el castigo al rufián, reprimiendo al que se beneficiaba con la prostitución ajena, obteniendo el lucro directamente de la persona que lo ejercía o por intermedio de un tercero (artículo 173) y en la misma disposición punió al proxeneta que se beneficiaba de la prostitución participando en la propiedad o administración de un lenocinio.

El Proyecto Peco de 1941 también castigó esta actividad (artículo 195), previendo ambas figuras: rufianería, en el primer párrafo, y proxenetismo, en el segundo. Se lee en la Exposición de Motivos que acompañó el proyecto: "El artículo 195 propende a proteger a la sociedad contra uno de los aspectos más viles del parasitismo y una de las manifestaciones más repugnantes de la peligrosidad criminal".

El Proyecto de 1951 castigaba, además del proxenetismo o lenocinio, dos supuestos de rufianería: "el hacerse mantener, aun parcialmente, por persona que ejerza la prostitución" (artículo 278, inc. 2) y "lucrar de cualquier modo con el ejercicio de la prostitución ajena" (artículo 278, inc. 3).

El Proyecto de 1960 reprime "al que se hiciere mantener, aunque sea parcialmente, por una persona que ejerza la prostitución, explotando las ganancias provenientes de ese comercio (artículo 171).

La Ley 17.567 derogó el artículo 17 de la Ley 12.331, al tiempo que incorporó, en el artículo 127, el castigo para "el que se hiciere mantener, aunque sea parcialmente, por una persona que ejerza la prostitución, explotando las ganancias provenientes de su actividad".

Esta norma fue bien recibida por la doctrina (Fontán Balestra, Millán, Soler), que estimó que cubría una "necesidad impostergable", porque, con ajuste a ella delinquía el rufián, aunque no empleara ningún medio coercitivo, lo que no ocurría hasta ese momento, a tal punto que, por ejemplo, el apoderamiento de las ganancias de la prostituta mediante el empleo de violencia fue encuadrado en la figura de robo del artículo 164 del Código Penal por la doctrina y por los tribunales.

Por otra parte, el castigo a la rufianería respondía al compromiso contraído por la República Argentina al ratificar, mediante el Decreto-Ley 11.925/57 y las leyes 14.467 y 15.768, el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución aprobado por la IV Asamblea General de las Naciones Unidas en su sesión del 2/12/1949, cuyo artículo 1° dispone:

> Las partes en el presente convenio se comprometen a castigar a toda persona que para satisfacer las pasiones de otro: a) concertare la prostitución de otra persona, la indujere a la prostitución, o la corrompiere con objeto de prostituirla, aun con el consentimiento de tal persona; b) explotare la prostitución de otra persona, aun con su consentimiento.

Este delito desapareció al sancionarse la Ley 20.509, que quitó eficacia a la Ley 17567. Con una fórmula idéntica a la de ésta volvió a incorporarlo al Código la Ley 21338, pero al ser derogada por la Ley 23.077, la rufianería pasó a ser una contravención en las jurisdicciones locales y contemplada en los respectivos Códigos de Faltas.

IV. Conclusión

Para concluir, en Roma existieron conductas sexuales como las que he analizado en este artículo. En los distintos períodos políticos

que se fueron dando, el valor era preservar la familia, pero no el vínculo afectivo o la fidelidad entre los integrantes sino como un medio para proteger el linaje familiar.

Esto cambia con el advenimiento del cristianismo. Ya no es conservar el apellido sino el resguardo de la fe. Ello conllevaría mayores restricciones a la conducta de los hombres y, con respecto a lo social, alcanza por la vigencia de las leyes represivas a las relaciones extraconyugales.

Esta legislación fue conocida y no se la cuestionó, pero sobre todo no fue cumplida por la clase alta que la ignoró.

Como observamos, todas estas situaciones se repiten en la actualidad y, como lo expuse brevemente en el trabajo, algunas consideraciones de la legislación penal que se ampliarán en otra investigación.

Lo que podemos observar es que la sociedad evolucionó, pero se han acentuado cada vez mayores situaciones como la trata de mujeres y niños sometidos a prostitución y agravados por adicciones y recursos tecnológicos como las redes sociales, situaciones muy difíciles de controlar y un llamado a cambios urgentes en la legislación penal.

V. Referencias

ARANGIO RUIZ, V. (1963). *Historia del Derecho Romano***.** Traducción por Francisco de Pelsmaeker e Iváñez. 2° edición. Reus

ARANGIO-RUIZ, V. (1973). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª. ed. italiana por José M. Caramés Ferro. Depalma.

AULO GELIO (1893). *Noches Áticas***.** Traducción por Francisco Navarro y Calvo. Librería de la Viuda de Hernando y Cía.

BARROW, R. H. (1944). *Los Romanos*. Traducción por Margarita Villegas de Robles. Fondo de Cultura Económica.

BIONDI, B. (1972). *Istituzioni di Diritto Romano*. Giuffrè.

BREGLIA ARIAS, O., & GAUNA, O. (2003). *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. Tomo I. 5ta. Edición. Astrea.

CLEMENTE, J. L. (2000). *Abusos sexuales* (pp. 22-23, 90-91 y 127-128). Lerner.

CÓDIGO TEODOSIANO. Libro I: *Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Romano*, (VIII-IX, MCMLXI-MCMLII), 15-82; Libro II: *Ibidem*, (XII, MCMLXVI-MCMLXVII), 7-54; Libros. III, IV y V: *Ibidem*, (XIII-XVII, MCMLXVIII-MCMLXXII), 1-94; Libro VI: CAMINOS, S. A. (2003). *Códigos pre-justinianeos* (pp 69-183). Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; Libros VI a XVI: *The Latin Library*.

DE LA RUA, J. (1997). *Código Penal Argentino. Parte General*. Depalma.

DONNA EDGARDO, A. (1999). *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I. Rubizal-Culzoni.

FALCHI, G. (1930). *Diritto Penale Romano (Dottrine Generali).* Treviso. Stab. Tip. A. Vianello.

FONTÁN BALESTRA, C. (1969). *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo V. Abeledo Perrot.

GARCIA DEL CORRAL, I. (1889). *Cuerpo de Derecho Civil Romano***.** Jaime Molina Editor.

GAYO (1987). *Institutas*. Traducción y notas de A. Di Pietro. 3ª edición. Abeledo Perrot.

GHIRARDI, J. C. (2005). *Dania Regina***.** De los Cuatro Vientos.

GHIRARDI, J. C., & ALBA CRESPO, J. J. (2000). *Manual de Derecho Romano*. 1ª edición. Eudecor.

GIRARD, P. F. (1918). *Manuel Élémentaire de Droit Romain*. 6ª edición. Librairie Arthur Rousseau.

MALICKI, A (1985). Trabajo publicado en *La Ley* 1985-C-833.

ORGAZ, R. (1922). *Cuestiones y Notas de Historia*. Bautista Cubas.

NÚÑEZ, R. (1987). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Lerner.

NÚÑEZ, R. (1988). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (pp. 121-153). Lerner.

NÚÑEZ, R. (1988). *Tratado de Derecho Penal*. Tomo IV. Lerner.

PAULO (1940). *Sentencias***.** Texto latino en BAVIERA, J. *Fontes Iuris Romani Antejustiniani. Pars altera. Auctores*. Barberà.

PAULO (1994). *Sentencias*. Edición bilingüe (latín-castellano) de Santos Arturo Caminos. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.

PLUTARCO (1944). *Vidas Paralelas*. Joaquín Gil Editor.

REINALDI, V. F. (1999). *Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino Ley 25.087* (pp. 37 [nota 44], 52, 114-116, 133-135, 158-170, 184-187, 203 y 229). Lerner.

SANTALUCIA, B. (1989). Lo sviluppo del processo criminale e le leggi de provocatione. En TALAMANCA, M. (Dir.). *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*. 2ª edición. Giuffrè.

SOLER, S. (1951). *Derecho Penal Argentino*. Tomo III. TEA.

VERA BARROS, O. (Ed.) (2008). *Código Penal Argentino*. Lerner.

VERA BARROS, O. (1957). Sistema Legal de Clasificación de los Delitos contra la Honestidad. Bienes jurídicos protegidos. *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (U.N.C.),* Año XXI, T. 1-2-3-4.

Las islas marítimas y fluviales en el derecho romano

German D. Giarrocco[644]

El presente trabajo tiene por objeto indagar en las causas históricas que motivaron que el derecho romano contemple el supuesto de adquisición de dominio por accesión ante la formación de una isla marítima o fluvial.

En *Institutas*, Libro II, Título I, Parágrafo 22, se puede apreciar el siguiente texto:

> La isla que ha surgido en el mar, lo que rara vez acontece, se hace del que la ocupa; pues se cree que no era de nadie. Más la formada en un río, lo que sucede con frecuencia, si ocupa la parte media del río es común de los que poseen predios cerca de la orilla a una y otra parte del río, en proporción a

[644] Profesor de Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de Derecho Privado en el Ciclo Básico Común de dicha casa de estudios. Profesor de diversas asignaturas vinculadas al derecho romano, el derecho civil y la filosofía del derecho en la Universidad Argentina John F. Kennedy. Expositor en numerosos congresos y autor de varias publicaciones vinculadas al estudio del derecho romano.

> la extensión que cada fundo tenga junto a la orilla: pero si está más próxima a una de las partes, es tan solo de aquellos que poseen por aquel lado predios ribereños. Pero si dividido el río en algún punto, y reunido después más abajo, hubiere cortado en forma de isla el campo de alguno, este campo permanece siendo del mismo de quien había sido.[645]

En este sentido, el jurista romano, fiel a su estilo eminentemente práctico, no legisló en base a ejemplos de laboratorio, sino que más bien ponderó soluciones jurídicas a casos concretos que sí ocurrieron en la realidad. Es precisamente esta situación la que aspira a probar este artículo, acreditando a través de fuentes bibliográficas fidedignas los hechos que de una u otra manera pudieron inspirar al jurista romano, ya sea directa o indirectamente, a regular supuestos de esta naturaleza.

Por ello, esta investigación no pretende abordar en el análisis de la equidad de este precepto jurídico, equidad que damos por descontada atento la propia matriz inherente al pensamiento jurídico romanista, equidad que se encuentra suficientemente probada por numerosos trabajos científicos de rigor que preceden a éste. Por ello, dejando en claro esta salvedad, no me extenderé sobre este aspecto de la cuestión.

Por el contrario, el presente aspira a identificar los supuestos históricos que bien pudieron llevar a la adopción de la solución jurídica propuesta en las *Institutas* de Justiniano. En otras palabras, el *Corpus Iuris Civilis* regula las consecuencias jurídicas de la formación de islas marítimas y fluviales, simplemente porque aconteció en la misma realidad espaciotemporal la formación de tales fenómenos geográficos.

En efecto, la formación de islas es un fenómeno poco usual, pero

---

[645] *Corpus Iuris Civilis* (1889), *Institutas* (p. 33), T. 1. Traducción de D. Ildefonso L. García del Corral. Jaime Molinas Editor. En igual sentido, Digesto, en misma obra, Tomo 3, Gayo, 301.

no por ello imposible. Los conceptos básicos en ciencias naturales nos permiten validar que la formación de una isla en un río o en el mar es factible bajo ciertas condiciones y circunstancias que propicien los factores necesarios para que tales formaciones acontezcan.

Bajo estas consideraciones, procederé a enumerar los supuestos que a la luz de las ciencias naturales permiten las diversas formaciones insulares. Desde ya, dicha enumeración servirá de punto de partida para entender un contexto geográfico temporal en la materia, pero no pretendo departir mucho a este respecto, ya que no siendo demasiado versado en el conocimiento de las cosas de la naturaleza sería impropio de mi parte profundizar. Me resulta prudente, tratándose esencialmente de un artículo de carácter histórico-jurídico, enumerar solamente las cuestiones de naturaleza básicas, sustentadas en arraigadas teorías de conocimiento elemental.

Las islas se forman en el mar principalmente por tres procesos: 1) actividad volcánica submarina, donde la lava se enfría y emerge del agua; 2) movimientos de las placas tectónicas, que levantan el lecho marino; 3) la acumulación de sedimentos o el crecimiento de arrecifes de coral.[646]

Por su parte, una isla en un río se forma por la acumulación de sedimentos (como arenas, limos y gravas) o por la división del cauce del río en dos o más brazos, dejando una porción de tierra rodeada de agua. Estos procesos están influenciados por la velocidad del agua, los cambios en el nivel del río y el tipo de terreno por el que éste fluye.[647]

Ahora bien, siendo que el estudio de la naturaleza ha certificado sobradamente la factibilidad de la formación de islas marítimas o

---

[646] FERNÁNDEZ-PALACIOS, J. M. (Ed.) (2004). *Introducción a las Islas* (pp. 21-55). Asociación Española de Ecología Terrestre (AEET).

[647] QUIROZ LINARES, F. (2006). *Estudios de geografía histórica e historia de la geografía.* Universidad de Oviedo.

fluviales, tema en el que tampoco pretendo extenderme en demasía como ya he mencionado, corresponde ahora verificar si estos fenómenos naturales pudieron tener lugar en la historia de Roma.

En este sentido, la primera prueba de la existencia de tales hitos, específicamente en el período romano, la encontramos en la letra misma del texto bajo análisis, el cual indica criterios de frecuencia como se puede observar, al afirmarse en las propias *Institutas*, que raramente ocurre que se forme una isla en el mar, mientras que resulta usual la formación de islas en el río, según se afirma en el citado texto.

No obstante, tal afirmación no coincide con las observaciones de los principales naturalistas, ya que las islas formadas en el mar son, en realidad, más frecuentes que las formadas en río. Esta divergencia obedece a tres razones:

1) La mayoría de las islas marítimas se formaron miles de años antes que las primeras civilizaciones y ello escapó al ojo del hombre romano, el cual extrañamente pudo ver formarse una isla en medio del mar.[648]

2) La mayoría de las islas formadas en el mar debieron su origen a la actividad volcánica que se presenta a lo largo del llamado "Cinturón de Fuego del Pacífico", desconocido para el mundo antiguo, cuya dimensión de mundo conocido nunca pudo contemplar el océano Pacífico.

3) La formación de islas en los ríos tuvo mayor impacto en las relaciones entre particulares, y por ello el jurista pudo considerar a su criterio un tema más frecuente, no porque haya resultado más habitual la formación de las islas fluviales sino porque éstas,

[648] QUIROZ LINARES, *op. cit.*, p. 25.

> susceptibles de mayores probabilidades de una hipótesis de conflicto, trajeron más planteos ante el magistrado.

En consonancia Marciano en Digesto XXXII, Título único, Parágrafo XVI, afirma que se pueden legar las cosas futuras tales como la isla que surja del mar o de los ríos,[649] por lo cual este jurista que presuntamente vivió en tiempos de los Severos también daría fe de estos antecedentes.

Incluso si tenemos en cuenta que la cita inicial, si bien se encuentra en *Institutas*, se replica en Digesto y se le atribuye a Gayo, podemos precisar aún más la cronología en el avistamiento de tales fenómenos hacia el siglo II d. C.[650]

Pero, definitivamente, un antecedente lo tenemos en Ulpiano, Digesto, Libro VII, Titulo I. IV, en los comentarios a Sabino,[651] en el que se aclara cómo debe considerarse el usufructo de islas formadas en el río. Esto nos indica que ya en tiempo de Sabino (siglo I d. C.) se ponderó esa posibilidad porque evidentemente debieron suscitarse experiencias de formaciones insulares de tipo fluvial.

Por su parte, Pomponio, también en comentarios a Sabino, indica cómo proceder ante el supuesto de una isla que se formó y acreciese hacia el fundo de un propietario. En este caso no aclara el autor si se trata de una isla marítima o fluvial, pero todo indicaría que se refiere a la segunda, puesto que las costas marítimas son cosas comunes y por ende estaban fuera de apropiación individual.

De todas formas, esa situación se clarifica en el siguiente párrafo, cuando Pomponio afirma que:

> De tres modos se forma una isla en un río; uno cuando el río circunda un

---

649 *Corpus Iuris Civilis*, Digesto, T. 2, cit., 556.

650 *Ibidem,* T. 3, cit., 301.

651 *Ibidem,* T. 1, cit., 489.

> campo, que no era del cauce; otro cuando deja en seco un terreno que era del cauce, y comienza a correr alrededor; y el tercero, cuando acumulando tierra paulatinamente, formó una eminencia sobre el cauce, y la aumentó con los aluviones. En los dos últimos modos la isla se hace privada de aquel de quien fuere el campo más próximo, tan pronto como existió; porque también la naturaleza del río es tal, que cambiando su curso cambia la condición de su cauce y no importa cosa alguna que se trate del fondo del cauce, que solo haya cambiado, o de lo que se extendió sobre el fondo y la tierra; porque lo uno y lo otro es del mismo género; más en el primer modo no se cambia la condición de la propiedad.[652]

En efecto, pareciere que el jurista se está refiriendo al supuesto de un río que bien puede abandonar el cauce por algún bloqueo el flujo de agua, incluso provocado por la mano del hombre, hecho que pudo ser más usual que la sedimentación natural, ya sea ocasionada en forma paulatina o abrupta.

En el mismo tenor encontramos que Próculo también evacuó consultas sobre este tema conforme luce en Digesto 51. 1. 55, siendo éste un contemporáneo a Sabino como bien sabemos, cada uno fundador de las dos grandes escuelas de juristas del período imperial.

Incluso podemos llegar más atrás en el tiempo si consideramos citas atribuidas a Labeón, quien afirmó que "si en un río público se formó alguna isla próxima a tu fundo es tuya". Es más, bien podemos apreciar que este jurista distinguió dos tipos de islas nacidas en el río: una que está unida al cauce del río y otra que se sostenga en éste por matorrales.[653]

Ahora bien, ¿cuáles podrían ser los antecedentes históricos de islas formadas, ya sea en río o en el mar, que pudieron motivar los mencionados preceptos normativos?

---

[652] *Corpus Iuris Civilis,* Digesto, T. 3 cit., 309.

[653] *Ibidem,* cit., 318.

La más notaria de las islas formada en el río es sin duda la isla Tiberina, ubicada en la misma Roma, en medio del río Tíber. Existen respecto a ésta dos leyendas que atribuyen su formación.

Una de estas leyendas sostiene que el cadáver del mismísimo Tarquino el Soberbio, último rey de la cronología del período monárquico, fue arrojado al río por ciudadanos romanos que le dieron muerte en el año 509 a. C. y su cuerpo quedó encallado en el fondo del río, constituyéndose como punto de partida de un proceso de sedimentación en el que barros, ramas y piedras se adhirieron paulatinamente al difunto dando nacimiento a la célebre ínsula.[654]

Esta leyenda resulta poco factible considerando que contradice las principales fuentes clásicas del período con rigor historiográfico, tales como Tito Livio[655] y Dionisio de Halicarnaso,[656] quienes no solo refieren a la expulsión del último rey, sino que además narran sobre guerras que se suscitaron entre los partidarios del monarca y los simpatizantes de la causa de Lucio Junio Bruto y Tarquino Colatino con posterioridad a la expulsión. Por esta razón es difícil que Tarquino el Soberbio fuese asesinado y arrojado al Tíber, cuando las principales fuentes fidedignas del período aluden a un exilio del rey.

Resulta curioso que el exilio en el derecho romano se lo llamó *deportatio in insulam* precisamente porque al condenado al exilio se le condenaba a residir en una isla como ya sabemos. Por lo cual, es factible considerar que se pudo dar una suerte de confusión al respecto, ya que tanto la leyenda como el instituto jurídico de la mencionada *deportatio* datan de varios siglos posteriores a la expulsión de Tarquino el Soberbio.

---

654 BENEDETTI, S. (2017). *L´ Isola Tiberina.* CreateSpace.

655 TITO LIVIO (2023). *Historia de Roma desde su Función,* Libros I y II. Traducción de Juan Antonio Villar Vidal. Gredos.

656 DIONISIO DE HALICARNASO (2017). *Historia Antigua de Roma,* Libros IV y V, Traducción de Ester Jiménez. Gredos.

Otra de las teorías sostiene que el pueblo de Roma, ansioso por borrar todo legado de los tarquinos, arrojó al río todo el trigo y los cereales que el rey había obtenido, dando lugar al nacimiento de esta isla.[657] Este segundo argumento puede resultar un poco más verosímil, aunque no deja de ser dudoso que el hombre romano, siendo agricultor por antonomasia, haya desperdiciado alimento producto de su esfuerzo, si bien pudieron jugar los condicionamientos psicológicos que los malos augurios pontificales generaban en aquel entonces.

Posteriormente la isla Tiberina se consagró al culto de Esculapio, dios de le medicina, alrededor del año 291 a. C.,[658] aunque este acontecimiento no nos provee mayores evidencias sobre su formación, sino más bien sobre su destino, afectación al culto público como *res sacrae*.

Por otra parte, es importante considerar el delta del Po, en la desembocadura del mar Adriático, lugar en el que se han formado numerosas islas fluviales por el proceso de sedimentación, región a la que arribaron los etruscos entre los años 750 y 500 a. C.,[659] cuya influencia en la civilización romana es indubitable.

Al respecto se omitió en este análisis las islas ubicadas en dicho río del norte de Italia antes de su desembocadura, como es el caso de la *isola Serafini*, ubicado en el río Po en la región de Emilia-Romagna, que todo indicaría que fue formada en los últimos 200 años, no pudiendo servir de inspiración alguna de un texto clásico. Como así tampoco se puede sumar a los antecedentes la *isolone di Bertolla* en el Piamonte, también en el Po, ya que ésta fue creada artificialmente en 1953.[660]

---

[657] VANOLI, A. (2024). *Historia del mar, Mito, Cultura y Ciencia,* Ático de los Libros.

[658] MASI, S. (2003). *Roma y El Vaticano: Arte e Historia* (p. 55). Casa Editrice Bonechi.

[659] Alfred, J. (1998). *World History Encyclopeda, Etruscan Civilization*. ABC-CLIO LLC.

[660] Riserva Naturale Meisino e Dell Isolone di Bertlla (s.f.). https://www.birdingplaces.eu/es/birdingplaces/italy/riserva-naturale-meisino-e-dellisolone-bertolla

Respecto a la formación de islas en el mar, la situación es más oscura. Resulta improbable que los romanos hayan sido testigos directos de formación de las principales islas marítimas cercanas a las costas de la península itálica. Siendo el *mare Internum*, posteriormente rebautizado *mare Nostrum* (mar Mediterráneo) el escenario principal, hay que destacar que Sicilia, Córcega, Cerdeña y Capri fueron formadas hace millones de años conforme sentencian categóricamente amplios estudios geológicos.

No obstante, la Isla de Elba, célebre posiblemente por ser lugar de asilo de Napoleón Bonaparte antes de su derrota definitiva en Waterloo, pudo haberse formado mucho más tarde.

Un mito cuenta que el archipiélago Toscano surgió cuando la *Venus Tirrénica* emergió de las aguas del mar y rompió una diadema de perlas que llevaba en su cabeza. De la caída de esas perlas surgieron en el mar las siete islas que componen este archipiélago.

Otra leyenda cuenta que Jasón y los Argonautas se detuvieron en esta isla a realizar reparaciones en su barco durante su búsqueda del Vellocino de Oro.[661]

Por otra parte, la evidencia científica demuestra que la isla pudo formarse en la Edad de Piedra unos dos mil años antes de Cristo, y por lo tanto, civilizaciones itálicas prerrománicas como los etruscos pudieron presenciar esa formación.[662]

En tanto, el archipiélago cercano a la península Helénica también pudo servir de punto de partida para que los romanos, eventualmente influenciados por relatos griegos, conozcan tal fenómeno. El tema en este caso es que todas las islas de esa región fueron formadas hace millones de años, como es el caso de Creta o Rodas.

---

[661] RODAS, A. de (2000). *Las Argonáuticas*. Traducción de Mariano Valverde Sánchez. Gredos.

[662] Geología de la Isla de Elba (s. f.). https://www.islaelba.net/conocer-descubrir-elba/geologia-isla-elba/

Especialmente mención merece Santorini, ya que, si bien se formó mucho antes del nacimiento de la misma humanidad, esta era una isla redonda que los antiguos pobladores llamaban *Strongili* (que precisamente significaba "redonda") hasta antes de la erupción volcánica ocurrida entre los años 1650 y 1600 a. C., ya en tiempos de la civilización micénica, que dio lugar al archipiélago como se le conoce actualmente.

En efecto, se destaca un artículo del *National Geographic* que nos proporciona un relato épico sobre aquella erupción, del cual me permite citar su parte más contundente:

> Fue una de las mayores catástrofes volcánicas de las que tenemos noticia, lo que hoy llamamos una erupción supervolcánica, mucho más violenta que la del Vesubio en el año 79 de nuestra era y similar a la del Krakatoa indonesio en 1883. Los investigadores intentan hacerse una idea de lo que ocurrió a continuación en el Mediterráneo. Los científicos creen que el estruendo debió de oírse en lugares tan distantes como Escandinavia. A 400 kilómetros a la redonda reinó la oscuridad durante días enteros.[663]

Como podrá apreciar el lector, un acontecimiento de tamañas dimensiones muy difícilmente pudo pasar desapercibido por el mundo mediterráneo de aquel entonces y posiblemente haya sido base del relato de la supuesta creación de dicha isla.

La mitología griega atribuye la formación de la Isla de Mykonos a raíz de los cuerpos petrificados de los gigantes derrotados por Heracles, o Hércules para los romanos, por lo cual se advierte la creencia

[663] Un supervolcán engulló Santorini hace 3600 años (2022, 6 de septiembre). *National Geographic*. https://historia.nationalgeographic.com.es/a/supervolcan-engullo-santorini-hace-3600-anos_8670.

de que estas islas no estaban desde siempre, sino que fueron "creadas" por algún motivo.[664]

Incluso puede apreciarse cierta tendencia a asociar el nacimiento de las islas a raíz del depósito de un cuerpo, ya sea de un mortal o un ser mitológico, tanto en islas marítimas (como Mykonos) como fluviales (como la isla Tiberina).

Finalmente, especial situación pudo ocurrir con la actualmente denomina *isola di San Giulio*, que si bien no es ni una isla fluvial ni marítima, tuvo un desarrollo histórico similar al de la ocupación de una isla del mar. En efecto, esta formación se localiza en la región del Piamonte, más precisamente en medio del lago *Di Orta*, y no se pudo precisar con certeza el momento de su formación, aunque debido a la actividad tectónica bien pudo haber sido durante la Edad de Hierro, siendo las primeras civilizaciones del neolítico testigos eventuales del hecho que pudieron transmitir lo sucedido mediante el relato oral de generación en generación.

Es sabido que esta porción de tierra rodeada de la inmensidad del lago se encontró deshabitada hasta el siglo IV, ya que los pobladores del lugar creían que rondaba un basilisco en la isla. Fue el mismo *San Iulio*, obispo evangelizador en aquellas tierras, quien puso el primer pie en la isla para demostrar a los lugareños en un acto de fe que nada debían temer, motivo por el cual se construyó la basílica que guarda sus restos. En otras palabras, podemos afirmar que el principio jurídico que impera que la isla que nace en el mar es de quien la ocupa se aplicó a esta isla formada en un lago, ya que terminó siendo propiedad de la misma Iglesia toda vez que uno de sus fieles siervos fue el pionero en ocuparla.

Así las cosas, se puede apreciar que todo posible supuesto de formación de una isla, ya sea en el río o en el mar, fue anterior a los

[664] MEJÍA RUIZ, C., POPEANGA CHALARU, E., DIZ VILLANUEVA, A., & RIVERO GRANDODOS, J. (2019). *Un viaje literario por las islas*. Síntesis.

primeros preceptos normativos que pudieron tener origen en el período clásico y posteriormente fueron receptados en la recopilación ordenada por el emperador Justiniano. En resumen, existe cierta evidencia que nos lleva a entender que el hombre antiguo pudo presenciar la formación de ciertas islas marítimas y fluviales, razón por la cual vio la necesidad de regular el acceso a la propiedad de estas nuevas tierras, considerando las ansias expansionistas y el sentido jurídico práctico que indefectiblemente convoca a ocupar y hacer útil toda tierra disponible.

Por lo tanto, se puede concluir que el precepto normativo descripto en el *Corpus Iuris Civilis,* relativo a los efectos jurídicos concernientes a la formación de islas marítimas o fluviales, no es una construcción teórica abstracta basada en un vago ejercicio de la imaginación humana, sino que se trata de una auténtica solución jurídica que plantó cara a la realidad suscitada ante hechos concretos y puntuales, científicamente documentados, situación que demuestra cómo el derecho romano es un derecho vivo y sumamente conducente a solucionar cuestiones prácticas de este tipo.

Problemas en torno a la Novela 146 de Justiniano

Rodrigo Guelar[665]

I. Introducción

El cambio más importante del judaísmo religioso sucede en la Antigüedad tardía y es el avance y posterior triunfo del judaísmo rabínico por sobre la demostración judaica del templo y los sacerdotes en territorios del Imperio romano de Oriente y Occidente.

El objetivo del presente trabajo es problematizar este avance por medio del estudio de la injerencia de las normas del Imperio de la Antigüedad tardía en lo atinente al culto de la sinagoga, particularmente en el uso de la *Mishná*. En el caso, estudiaremos las prescripciones de la Novela 146 de Justiniano del año 553.

El judaísmo en Europa y África del Norte tiene pocas voces sobrevivientes; sin embargo, el judaísmo rabínico produjo en el Cercano Oriente abundante material como la *Mishná* (ca. 200), la *Tosefta* (ca. 250), el *Talmud* de Jerusalén (ca. 400) y el *Talmud* de Babilonia

[665] Abogado (UBA). Especialista en Derecho del Consumidor (UBA). Especialista en Derechos Políticos y Electorales (UBA). Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bologna). Maestrando en Estudios Medievales (UBA). Se desempeña en el Ministerio Público de la Defensa de la CABA.

(ca. 600), entre otros. Estos textos son mayormente ahistóricos y su naturaleza legal dificulta recrear una historia del judaísmo rabínico (Laham Cohen, 2018).

II. El judaísmo prerabínico y posrabínico

Por judaísmo prerabínico entendemos a la religión y a la sociedad en sentido amplio en el momento inmediatamente anterior a la Antigüedad tardía. Esto es, el judaísmo desde aproximadamente la destrucción del Segundo Templo o la revuelta de los *macabeos*, y por ende la interacción con el mundo helenístico que había quitado autonomía política a Israel, para luego así entrar en contacto con la República y el Imperio romano. Es decir, el pueblo judío inserto en el mundo grecorromano hasta la Antigüedad tardía, o la crisis del siglo III.

Esta época está signada por la influencia del templo y los sacerdotes, que fueron perdiendo autoridad en la medida que el centro judío fue declinando en su independencia política, a veces de forma poco perceptible, a veces por medio de la sofocación de revueltas o la violencia lisa y llana contra los judíos.

A principios del siglo III el patriarca Judá el Príncipe (llamado *Rabeinu HaKadosh*) sistematizó las opiniones y decisiones de los rabinos en la *Mishná*,[666] que llegó a tener autoridad para decisiones posteriores. Con anterioridad, las decisiones se basaban únicamente en algún versículo de la *Torá*. La *Mishná* contiene decisiones con autoridad propia, estableciendo de esta manera el judaísmo rabínico como una religión por derecho propio que acepta la *Torá* pero ya no está limitada por ella (Parkes, 1965).

[666] El término *Mishná* significa "estudio".

El centro rabínico no permaneció por mucho tiempo en Judea y, antes del fin del siglo III, se traslada a Galilea, para luego unirse al patriarcado de Tiberíades, lo que nos lleva a pensar que la autoridad de los rabinos no fue uniformemente aceptada y demoró en consolidarse tanto en Oriente como en Occidente (Parkes, 1965).

El patriarcado, por su parte, sobreviviría en Tiberíades hasta el siglo V, abolido en el año 429, trasladándose así el centro de los estudios judíos a Babilonia, donde surgiría unos siglos más tarde (ca. 600) el *Talmud* de Babilonia, con posterioridad al propio que se iba gestando en una Jerusalén ya libre del poderío de la casta sacerdotal (ca. 400), generándose de este modo las dos tradiciones rabínicas mencionadas (Parkes, 1965).

El *Talmud*, una de cuyas partes es la *Mishná*, por su parte, dice Adler (1964), se basa en la interpretación oral de la *Torá*, en un proceso conocido como *Midrash*, que significa "interpretación".[667] Su propósito, dilucida, era revolucionario. A medida que el *Talmud* iba ganando autoridad, el poder del templo y la clase sacerdotal se reducía y se trasladaba hacia los maestros y expositores provenientes de todos los estratos sociales, y el conocimiento no sería ya la posesión de una casta, como venía siendo en todas las religiones de la Antigüedad, sino de toda la comunidad, en una especie de revolución democrático-religiosa.

---

[667] Si *Mishná* es "estudio", *Midrash* es "interpretación". El proceso de interpretación de la Torá conocido como *Midrash* fue ganando terreno a partir de la labor del sacerdote Ezra o Esdras a partir de mediados del siglo V. a. C, época en la que se produce la vuelta de los judíos a Jerusalén luego del cautiverio en Babilonia, en un proceso que elevó a la *Torá* a la máxima autoridad referencial del Segundo Templo. Al poner por escrito las interpretaciones orales de la *Torá* en un Libro revelado, las oscuridades o inconsistencias no debían nunca atribuirse al Creador del mismo, sino a la falta de estudio de los lectores mortales, que deben "buscar mediante la interpretación" el real propósito de la doctrina y los estatutos bíblicos (Adler, 1964, p.18 y ss).

Así, concluye Parkes (1965), el éxito de los rabinos solo es explicable porque ofrecían algo más atractivo que sus rivales. No tenían ningún poder para obtener por la fuerza obediencia a sus interpretaciones. En cualquier momento y en cualquier centro donde vivían judíos, éstos podían pasarse a las enseñanzas de los rabinos, e incluso ello determinó la supervivencia de los judíos durante la Diáspora, tanto en Oriente como en Occidente.

III. Las leyes romanas tardoantiguas y el judaísmo

La mayoría de las normas tardoantiguas teodosianas y justinianeas con respecto a los judíos reseñan prohibiciones matrimoniales entre judíos y no judíos, prohibiciones en materia de hospitalidad en las sinagogas y/o templos, prohibiciones en materia de construcción de nuevas sinagogas (pero algunas veces a la protección de las ya existentes), como así también a la regulación de la tenencia de esclavos cristianos por parte de judíos. En gran medida son leyes prohibitivas o restrictivas de las actividades de los judíos.

También las leyes romano-bárbaras en Occidente hacen referencia a la punición de los judíos y la forma de su juzgamiento cuando la otra parte es profesante del cristianismo.

Al respecto, explica Hezser (2007) que en la Antigüedad tardía, los textos rabínicos (la *Mishná,* la *Toseftá* y el *Talmud Yerushalmi*) no distinguían entre reglas de índole civil, penal o religiosa.[668]

[668] En los documentos rabínicos, no se establece una distinción clara entre la ley religiosa y la ley civil. Parece que los rabinos consideraban la ley civil, que también incluía el derecho familiar, como religiosamente significativa: La halajá rabínica se ocupaba de casi todos los aspectos de la vida cotidiana. La preocupación religiosa judía por asuntos aparentemente seculares y mundanos tenía su origen en la Torá:

IV. La Novela 146

En este marco, una norma particular se destaca sobre todas ellas, porque desde el poder central se inmiscuye en el rito judío, y en parte es consecuencia de las disputas internas en el seno del judaísmo, ante el avance de la tradición rabínica: la Novela 146 de Justiniano, aplicada con seguridad en Oriente pero de dudoso seguimiento en Occidente, aún en el bizantino.

Tanto San Jerónimo como San Agustín se refieren al *Talmud* como "tradiciones judaicas rabínicas" con el nombre de "doctrina", que es justamente el significado hebreo de *Talmud*, pero utilizan el término griego *deuterosis*. Pero *deuterosis* significa en griego "la segunda" o "de segundo rango", y con este término se refieren los rabinos a la palabra hebrea *Mishná* que significa "doctrina" o "repetición" (Del Valle Rodríguez, 2004).

El 8 de febrero del año 553, Justiniano dicta para el Este la Novela 146, por lo que se conserva íntegramente en griego, aunque se posee una traducción en latín, sin las partes finales, sin por ello poder asegurar que hubo una vocación de hacerla imponer en el Occidente bizantino (Linder, 1987).

La relación adecuada del israelita con Dios, plasmada en rituales y observancia de la pureza, también se expresaría en su conducta moral apropiada hacia su prójimo. (…) A diferencia del Digesto, los documentos rabínicos también contienen leyes religiosas. La discusión de temas relacionados con el Sabbath y los festivales, los ritos de pureza, la circuncisión y la inmersión no tienen equivalente en los códigos de derecho civil romano. Aunque los juristas romanos utilizaban historias de casos y ejemplos en sus discusiones legales, las obras rabínicas también incorporan material no legal, como chreiai, anécdotas, textos exegéticos y notas históricas. HEZSER, C. (2007). Roman Law and Rabbinic Legal Composition. en C. E. FONROBERT & H. S. JAFFE (Eds.). *The Cambridge Companion to Talmud and Rabbinic Literature* (pp. 151-152). Cambridge University Press.

El legislador, dice en la propia norma, se hace eco de las disputas de los judíos sobre el uso del lenguaje en los servicios religiosos de la sinagoga, en cuanto a si se debía usar únicamente el hebreo o también el griego.

Al respecto, la Novela 145 contiene seis medidas. En primer lugar dicta la libertad de usar cualquier idioma para los servicios, ampliando no solo al griego o al hebrero, sino a cualquier otro idioma. En segundo lugar, la lectura en griego de la ley hebrea debía hacerse únicamente a partir de la *Septuaginta* o de la traducción de Aquila de Sínope. En tercer lugar, se imponían sanciones pecuniarias y físicas a las autoridades judías que impidieran el cumplimiento de la libertad de idiomas. Como cuarta medida, se prohibía la lectura de la *Mishná*. En quinto orden, se prohibían opiniones "saduceas" con respecto a la resurrección, al juicio final o al nacimiento de los ángeles. Finalmente, en sexto lugar, se volvía a punir el incumplimiento de la norma con castigos físicos, confiscación de bienes y prohibición de actuar en ámbitos religiosos.

Explica Linder (1987) que el texto griego de la norma dirime en la pugna descripta, pero el fragmento latino parece sugerir que los usos de otras lenguas ya eran una costumbre bien establecida, lo que concuerda con las fuentes halájicas.

Como explicáramos precedentemente, muchas de las normas del período provenían de casos particulares, algunos de siglos anteriores, pero en el caso de las Novelas fueron llevados directamente al emperador o a su corte, luego de la promulgación de las dos ediciones del *Codex*. Sin embargo, los académicos no se ponen de acuerdo en el origen de la disputa, pero como el presente trabajo hace hincapié en el avance del judaísmo rabínico, es dable suponer en ese orden de ideas que fueron los partidarios contrarios a la rabinización quienes quisieron contrarrestar el uso del hebrero para la posteridad, lo que dio excusa al emperador para inmiscuirse en asuntos ritualísticos de alta sensibilidad para el judaísmo rabínico.

En el estado actual de nuestro conocimiento, por lo tanto, no estamos en posición de determinar categóricamente si las disputas que motivaron la intervención de Justiniano se centraron en la exclusividad del hebreo o del griego, o en el derecho a usar otros idiomas. Es igualmente dudoso quién inició esta controversia. Juster sugirió que fueron los defensores del uso del griego, quienes intentaron reemplazar el hebreo por el griego como lengua litúrgica, mientras que Colorni atribuyó la iniciativa a los promotores del hebreo, cuyos reclamos de abolir el griego como lengua litúrgica son un elemento del Renacimiento.

El emperador, según Linder, actuó como intérprete y exégeta de la Biblia cristiana, como puede apreciarse en el texto de la Novela 146. Así, con el argumento de su incumbencia en las escrituras, dio por obligatoria la preferencia por la *Septuaginta* en la lectura griega, como también se apoyó en el dogma cristiano al prohibir la enseñanza de las interpretaciones "saduceas" por contravenir dicho dogma. En orden a lo expuesto, un paso lo separaba de la prohibición lisa y llana de la *Mishná* por transgredir la fe ya que la *Mishná* refiere temas "posbíblicos", los cuales estaban por supuesto bajo la órbita celosa del emperador cristiano. Cuando prohíbe la *Mishná*, dice Linder (1987), refiere a que su jurisdicción religiosa es para aquellos textos que aluden a las enseñanzas de los "sabios", esto, la *Septuaginta*, por lo que el uso de la *Mishná* no se vio comprometido dentro de la sinagoga, aunque esto último no es sustentado por el autor.

Acerca de los dirigentes de la sinagoga se refiere la Novela 146, y Levine (2005) opina al respecto de la existencia y el rol de éstos:

> Finalmente, en su famosa Novela de 553, Justiniano se refiere a los líderes de la sinagoga que podrían intentar obstaculizar la implementación de su ley. Entre los tres funcionarios nombrados, uno era un presbítero. Por lo tanto, se puede suponer con seguridad a partir de lo anterior que en muchos lugares de la Antigüedad Tardía los presbíteros desempeñaron un papel central en la vida religiosa y administrativa de la sinagoga (p. 434).

V. Conclusión

La impresión general de la norma es que tenemos, por un lado, un judaísmo rabínico en avance, y que éste estaba en posición aún de seducir a futuros creyentes a la conversión, que es la única forma de entender esta norma. Un esquema general donde el cristianismo estaba en ascenso, pero aún no consolidado en grandes regiones de Europa y Oriente.

Por otro lado, los exégetas cristianos de la época, recordemos, se encontraban aún en pugna con las creencias paganas, a las que se sumaban religiones como el judaísmo, que en esta época se encontraba en la transición convulsa hacia el judaísmo rabínico. Tanto la mente oriental como la occidental recordaba al judaísmo como un pueblo insumiso, ahora en ebullición y dispersión a lo largo de todo el mundo cristiano, por lo que la normativa imperial y la exégesis cristiana no podía soslayar a la hora de efectuar su propio avance.

VI. Referencias

ADLER, M. (1964). *El Mundo del Talmud*. Paidós.

BARNWELL, P.S. (2000). Emperors, Jurists and Kings: Law and Custom in the Late Roman and Early Medieval West. *Past & Present*, (168), 6-29. https://doi.org/10.1093/past/168.1.6

HEZSER, C. (2007). Roman Law and Rabbinic Legal Composition. en C. E. FONROBERT & H. S. JAFFE (Eds.). *The Cambridge Companion to Talmud and Rabbinic Literature* (pp. 151-152). Cambridge University Press.

LAHAM COHEN, R. (2018). *The Jews in Late Antiquity*. Arc Humanities Press.

LEVINE, L. I. (2005). *The Ancient Synagogue: Her Fist Tousand Years*. Yale University Press.

LINDER, A. (1987). *The Jews in Roman Imperial Legislation*. Wayne State University Press.

PARKES, J. (1965). *Historia del Pueblo Judío*. Paidós.

RUTGERS, L. V. (1995). *The Jews in Late Ancient Rome: Evidence of Cultural Diaspora in the Roman Diaspora*. Brill.

VERSNEL, H. S. (1995). The Jews in Late Ancient Rome. En R. VAN DEN BROEK & H. J. W. DRIJVERS (Eds.). *Religions in The Graeco-Roman Worlds*. Brill.

YUVAL, I. (2006). *Two Nations in Your Womb. Perception of Jews and Christians in Late Antiquity and the Middle Ages*. University of California Press.

Aplicación de la *Lex Aquilia* a casos de *immissio* en el derecho romano justinianeo

Andrea Marlene Luis Asto[669]

I. Introducción

La *immissio* no permitida parte de la premisa de que ciertos actos pueden perturbar el uso y disfrute de un bien. Estos supuestos eran abordados en el derecho romano justinianeo mediante mecanismos como la *actio negatoria* o el interdicto *uti possidetis*. No obstante, en ciertos casos dichas inmisiones podían traducirse en verdaderos daños patrimoniales, lo que plantea la posibilidad de que éstos fuesen susceptibles de tutela mediante la *Lex Aquilia*.

La presente investigación tiene como objetivo estudiar la posibilidad de aplicar la *Lex Aquilia* en casos de daño por *immissio*, a partir de una interpretación evolutiva de la responsabilidad aquiliana, centrada en el rol del pretor y la jurisprudencia. En particular, se examina el aspecto procesal, con especial atención a la concesión de acciones en función de la conducta del agente perturbador.

[669] Maestranda en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Se parte de la hipótesis de que, en estos casos, el sujeto que genera el daño mediante *immissio* podía accionar o ser accionado conforme a la *Lex Aquilia*, ya sea a través de la acción directa o mediante la acción residual, como la *actio in factum*, tal como se observa en el caso contenido en D. 9, 2, 49 pr., donde la generación de humo que causa la muerte o huida de abejas ajenas motiva la concesión de una tutela aquiliana por el hecho.

Este estudio considera el proceso de evolución del derecho de daños, desde el plebiscito de Aquilio hasta su recepción en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, además del papel del pretor como figura clave para adaptar el derecho a nuevos contextos fácticos. Con ello, se busca contribuir a la comprensión del carácter dinámico del ordenamiento jurídico romano y de la capacidad del pretor para extender la justicia más allá de los límites formales de la ley.

Así, se podrá observar como la responsabilidad aquiliana amplió progresivamente su ámbito de protección, hasta abarcar supuestos que, como las inmisiones no permitidas, podían generar un daño injusto, aun cuando no estuviesen contemplados de manera expresa en el texto original de la *Lex Aquilia.*

II. Sobre la *immissio*

La *immissio* en el derecho romano justinianeo ha resultado especialmente relevante para diversos estudiosos, al ser uno de los antecedentes más remotos para comprender las relaciones de vecindad. Tal ha sido su importancia que su estudio ha generado distintas teorías: la teoría de uso normal (Ihering), la teoría de la necesidad social (Bonfante) y la teoría medieval de actos de emulación, que posteriormente derivaría en el desarrollo de la doctrina del abuso de derecho.

Más allá de la influencia que estas teorías han tenido en el derecho

contemporáneo, corresponde analizar cómo los romanos entendían aquellas situaciones que, bajo el concepto de *immissio,* merecían tutela jurídica.

II. 1. La conceptualización del immissio

Un primer acercamiento sería partir del *dominium*, entendida como el poder del *dominus* de usar, disfrutar y disponer del bien que le pertenece. Inicialmente, este poder se concebía como absoluto e ilimitado, sin embargo, con el desarrollo social y económico de Roma, se reconoció que uno de sus límites era "cuando se afectaba el *dominium* de otra persona".[670]

Así, Amunátegui Perelló (2013) sostiene que la evolución del concepto de *dominium* respondió al desarrollo económico romano, aunque se mantuvo la facultad de excluir injerencias de terceros. La única excepción era la limitación voluntaria a través de figuras como la servidumbre.[671]

Esta facultad de exclusión podía manifestarse de dos formas: el *facere in alienum*, es decir, actos que afectaban directamente al bien ajeno, y el *immittere in alienum,* referido a aquellas actividades realizadas dentro del propio bien, pero cuyas consecuencias afectaban el *dominium* del vecino.

Autores como Amunátegui Perelló (2009),[672] Alonso Pérez

[670] MÉNDEZ CHANG, E. (2019). *Introducción al Derecho Romano* (p. 143). Fondo Editorial Universidad Católica del Perú

[671] AMUNÁTEGUI PERELLO, C. F. (2013). Hacia un concepto de inmisiones en el Derecho Chileno. *Revista Chilena de derecho*, *40*(1), 45-88.

[672] AMUNÁTEGUI PERELLO, C. F. (2009). No siendo contra derecho ajeno: Hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro código civil. *Revista Chilena de derecho, 36*(3), 467-503.

(1983)[673] y Escutia Romero (2016)[674] coinciden en que el concepto de *immissio* abarca ambas formas. Mientras que el *facere in alienum* fue prohibido desde el inicio, el *immittere in alienum* requirió de mayor elaboración jurisprudencial y análisis de casos para ser igualmente considerado como una intromisión no permitida.

Un aporte relevante en esta línea es el estudio de García Sánchez,[675] quien analiza el uso del término *immissio* (cuyo verbo es *immittere*) en el Digesto. Según su investigación, el término hacía referencia a situaciones en las que algo era introducido desde un predio hacia otro. Amunátegui Perelló (2013)[676] agrega que estos términos eran usados comúnmente en contextos relacionados con las servidumbres y los interdictos.

El caso paradigmático para comprender la *immissio* es el contenido en D. 8. 5. 8. 5, donde el problema planteado fue el siguiente: la ciudad de Minturno le alquiló a Cerelio Vital un bien para que

---

673 ALONSO PÉREZ, M. (1983). Las relaciones de vecindad. *Anuario de Derecho Civil*, *36*(12), 357-395.

674 ESCUTIA ROMERO, R. (2016). Reseña del libro *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en derecho romano*, de M.ª C. Jiménez Salcedo. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (3), 253-261.

675 Como se citó en AMUNÁTEGUI PERELLO, Hacia un concepto…, *op. cit.,* p. 46. Observando el término en intromisiones de agua (D. 39, 3, 1, 17; D. 39, 3, 2, 10; D. 39, 3, 3 pr; D. 39, 11, 5; D. 43, 8, 2, 28), de problemas de cloacas (D. 43, 23, 1, 9; D. 43, 23, 1, 15), de luces (D. 7, 1, 13, 7; D. 8, 2, 40), de desagües de tejados (D. 8, 2, 28; D. 8, 5, 9; D. 8, 5, 16; D. 8, 6, 8; D. 43, 24, 22, 4), de viga empotrada (D. 8, 2, 2; D. 8, 2, 6; D. 8, 2, 20; D. 8, 2, 36; D. 8, 4, 16; D. 8, 5, 14 pr; D. 8, 5, 8, 1; D. 8, 5, 8, 3; D. 47, 7, 6, 2; Inst. Iust. 2, 3, 4; Inst. Iust. 2, 3, 1), de intromisión de raíces de árboles (D. 6, 1, 5, 3), de animales domésticos (D. 9, 1, 2, 1; D. 10, 4, 9, 1; D. 19, 5, 14, 3; C. Iust. 11, LXVII (66) 1) y daños de la lex Aquilia (D. 9, 2, 29, 2; D. 9, 2, 52, 2; Inst. Iust. 4, 3,1 3; C. Iust. 3, 35, 1).

676 AMUNÁTEGUI PERELLO, Hacia un concepto…, *op. cit.,* p. 47.

pueda instalar una fábrica de quesos. Él hace lo propio y producto de sus actividades en la fábrica se produjeron humos que llegaron a afectar a los pisos superiores de un edificio contiguo. Ante ello, Cerelio Vital, consultó a Aristón si tenía derecho a continuar con su actividad.

De este fragmento es importante resaltar que "en tanto le es lícito a uno hacer alguna cosa en lo suyo, en cuanto no introduzca nada en lo ajeno (…)",[677] lo que establece una regla de derecho que recalcaba la idea de límite del *dominium* pues el sujeto podía actuar dentro de su bien siempre que sus actividades no afecten al bien contiguo. Esto último debía comprenderse en el extremo que no perturbe el uso o disfrute del bien.

Asimismo, el fragmento del Digesto permite identificar qué se entendía como *immissio.* En el caso paradigmático es el humo de la fábrica, pero también podría ser el agua, las piedras o cualquier otra sustancia. Amunátegui Perelló (2009),[678] sostiene que, en términos generales, debe considerarse como *immissio* cualquier elemento corpóreo, ya sea sólido, líquido o gaseoso, que ingresa desde un predio hacia otro.

Hasta este punto podríamos afirmar que por *immissio* se entendía como cualquier intromisión de carácter corporal, derivada de una actividad ejercida dentro de los límites del propio bien pero que interfiere con el uso y disfrute del bien ajeno.

Sin embargo, no toda *immissio* generaba consecuencias jurídicas ni merecía tutela, como se analizará en el siguiente apartado.

---

[677] D. 8. 5. 8. 5.

[678] AMUNÁTEGUI PERELLO, No siendo…, *op. cit.,* p. 515.

II. 2. Distinción entre inmisiones permitidas y no permitidas

Para distinguir qué inmisiones podían ser permitidas en el derecho romano justinianeo, resulta clave el análisis de Digesto 8. 5. 8. 6. En este fragmento interviene Pomponio para indicar que

> si es que podrá uno reclamar de este modo, que le es o no lícito hacer en su pertenencia humo, no perjudicial, por ejemplo, el del hogar; y dice, que es más cierto que no puede reclamarse, así como no puede pretenderse que tiene uno derecho de hacer fuego en su pertenencia, o de sentarse o de lavar.

En otras palabras, Pomponio afirmaba que prohibir toda forma de inmisión sería irrazonable, pues podría implicar la prohibición de actividades diarias y necesarias derivadas del uso normal del bien. Por ello, se emplea el criterio de la gravedad, identificado en el texto con la expresión *non gravem* (no grave), como parámetro para discernir qué inmisiones pueden ser toleradas.

Este criterio podría complementarse con el concepto de actividad normal, según Alonso Pérez (1983),[679] como estándar de tolerabilidad. Así, el caso de la fábrica de quesos ejemplifica una *immissio* no permitida, pues el humo generado provenía de una actividad nueva, no prevista al momento del contrato de arrendamiento y no respaldada por una servidumbre de humo. La naturaleza anormal y la gravedad de la intromisión justificaban su carácter no tolerable.

Distinto es el caso del humo originado por hacer fuego en su propia casa para calentarse en invierno o para cocinar. Se trata de una actividad habitual y necesaria, practicada por cualquier ciudadano romano, por ende, se consideraba una *immissio* permitida frente a la cual no cabía acción alguna. Lo contrario podría llegar al absurdo de

[679] ALONSO PÉREZ, Las relaciones…, *op. cit.,* p. 369.

afirmar que sería necesario una servidumbre de humo por prácticas básicas de la vida doméstica.

A partir de lo anterior, resulta pertinente reformular el concepto de la *immissio* no permitida: sería cualquier intromisión de carácter corporal, derivada de una actividad anormal realizada dentro de los límites de un bien, que por su gravedad afecta el uso y disfrute del bien ajeno, de modo que no puede ser razonablemente tolerada.

III. Medidas ante inmisiones no permitidas

El caso de la fábrica de quesos permitió a los juristas plantear dos remedios procesales, cuya elección dependía de la cualidad del sujeto afectado, esto es si ejercía el *dominium* o la *possessio* sobre el bien.[680]

III. 1. Actio *negatoria*

Para comprender esta acción se puede indicar que los ciudadanos romanos podían limitar su *dominium* a través de servidumbres, las cuales podían constituirse por ley[681] o mediante pactos y estipulaciones, como establece I. 2. 3. 4.

Sin embargo, según I. 4. 6. 2, si un ciudadano sostenía que otro no tenía derecho de "usufructo, de pasar y transportar, o de conducir agua, como tampoco de levantar más alto de vistas o de voladizo o de apoyar vigas", entonces le correspondía una acción real negativa.

---

[680] DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. A. (2012). La protección interdictal del dominio público y su influencia en el interdicto de retener. *Revista General De Derecho Romano*, (19).

[681] MÉNDEZ CHANG, *Introducción…, op. cit.,* p. 144.

Lázaro Guillamón (2013)[682] analiza este fragmento y sostiene que mediante esta acción se defiende la libertad del dominio, es decir, la presunción de que el bien naturalmente está libre de limitaciones reales. Así, el actor no debía probar la inexistencia del derecho ajeno, sino solamente su calidad de *dominus.* Bajo esa lógica, el demandado es quien tenía la carga de probar la existencia de la limitación.

En resumen, mediante esta acción el *dominus* (o dueño, según Digesto 8. 5. 2 pr.) negaba la existencia de alguna limitación sobre su bien y solicitaba el cese de cualquier actividad que menoscabara su *dominium.* Amunátegui Perelló (2013)[683] señala que el demandado podía ser cualquier persona incluso si no contaba con título alguno sobre el bien donde realizaba sus actividades.

Precisamente, en el caso paradigmático de la fábrica de quesos, Aristón consideró que uno de los mecanismos de tutela frente a una inmisión no permitida era la acción negatoria. En su respuesta a Cerelio Vital, indicó que, si no contaba con una servidumbre de humo, el *dominus* del piso superior podía exigir el cese de la actividad mediante esta acción.

III. 2. Uti possidetis

Los interdictos eran remedios procesales que, destinados a proteger la *possessio*, y según I. 4. 15. 2, podían servir para adquirir, retener o recobrar la posesión. Corresponde ahondar en los interdictos de

[682] LÁZARO GUILLAMÓN, M. C. (2013) La *actio negatoria* del Derecho romano como protección efectiva frente a agresiones ambientales. *Revista General De Derecho Romano*, (21).

[683] AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. F. (2013). Acción de responsabilidad y teoría de las inmisiones. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (40), 53-73.

retener previstos en I. 4. 15. 4, que buscaban conservar la posesión frente a actos de perturbación o intentos de despojo.

Díaz-Bautista (2012)[684] sostiene que esta acción tenía como finalidad evitar la resolución violenta de los conflictos, preservando la paz social mientras se resolvía el fondo del litigio.

A diferencia de la acción negatoria, la interposición del interdicto podía ser realizada por cualquier persona que tuviera la posesión de hecho, sin importar si tenía *dominium.* En el proceso bastaba con probar su condición de poseedor y que ejercía pacífica, públicamente sin violencia.

Aunque en los pasajes de las *Institutas* mencionados no se expresa el uso del interdicto frente a inmisiones, el fragmento de D. 8. 5. 8. 5 permite afirmar que el alcance del *uti possidetis* podía extenderse a este tipo de situaciones.

Este interdicto podía usarse en doble sentido. Por un lado, si el poseedor se veía afectado por una *immissio* no permitida, podía interponer el *uti possidetis* para exigir el cese de la actividad perturbadora; por otro, si quien realizaba la *immissio* actuaba con base en una servidumbre previamente constituida y era impedido por el poseedor del fundo sirviente, podía accionar mediante la *vindicatio servitutis* y también mediante el *uti possidetis* para defender su ejercicio posesional legítimo.[685]

En resumen, frente a inmisiones no permitidas, el derecho romano ofrecía dos tipos de remedios procesales según el interés que se buscaba proteger. Cuando el objetivo era resguardar la posesión se recurría a la *uti possidetis,* como no se cuestionaba el *dominium* y sus consecuencias eran provisionales no entraba al fondo del problema.

---

[684] DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, La protección…, *op. cit.*

[685] DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, La protección…, *op. cit.*

En cambio, si se pretendía afirmar la libertad del *dominium,* negando la existencia de alguna servidumbre, correspondía la acción negatoria, lo que implicaba discutir el fondo de la controversia.[686]

IV. *Lex Aquilia* y los daños de la *immissio*

Las consecuencias negativas de la *immissio* fueron, en principio, para proteger el uso y disfrute del bien; por ello, en el caso paradigmático, los juristas plantearon dos mecanismos de protección. Sin embargo, corresponde analizar si era posible recurrir a otra acción en caso de que la *immissio* ocasionara perjuicio patrimonial.

IV. 1. La evolución de los elementos de la Lex Aquilia

La tutela de daños a la persona o al patrimonio fue un tema importante en la sociedad romana, tal es así que estos supuestos constituían una fuente de obligaciones: el delito civil. En la Ley de las XII Tablas la protección contra el daño no se regulaba de forma unitaria, sino mediante acciones dispersas y específicas[687] como el "daño causado por animales (*actio de pauperie*), la tala injustificada de árboles ajenos (*actio de arboribus succisis*), el incendio de edificios o sembrados ajenos (*actio aedium incensarum*), el pastar o dañar de noche predios ajenos (*actio de pastu pecoris*), y la lesión física a un esclavo (*os fractum*), entre otros".[688]

---

[686] AMUNÁTEGUI PERELLÓ, No siendo…, *op. cit.*, p. 515.

[687] Véase Tablas 2 y 7.

[688] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, L. C. (2018). La *Lex Aquilia*: la estructura del *damnum iniuria datum* y su evolución a través de la *interpretatio prudentium* y la actividad

Sobre el fin primigenio de la tutela de daños, Solarte Rodríguez (2004)[689] señala que existe una tesis que plantea la existencia de una norma general sobre el resarcimiento de daños injustamente causados. Sin embargo, esta posición no ha sido mayoritariamente aceptada, ya que la finalidad inicial de estos delitos civiles era imponer una sanción y no necesariamente la reparación de daños, siendo que la función resarcitoria surgiría más adelante como resultado de la evolución del derecho romano.

La expedición de la *Lex Aquilia* representó un punto de inflexión no solo para su época, sino también para la historia de la responsabilidad civil extracontractual. Este plebiscito unificó los supuestos referidos al daño causado a bienes ajenos, diferenciándolos del delito de *iniuria,* que se centraba en lesiones causadas a ciudadanos romanos.

De D. 9. 2 e I. 4. 3 se desprende que la *Lex Aquilia* inicialmente tuvo tres capítulos, sin embargo, el segundo quedó en desuso (D. 9. 2. 27. 4 y I. 4. 3. 12). Sánchez Hernández (2018)[690] y Aedo Barrena (2009)[691] explican que este capítulo no regulaba propiamente un supuesto de *damnum iniuria datum*, pues refería a la sanción al *adstipulator* que extinguía indebidamente una obligación sin consentimiento del acreedor principal. Además, con la introducción de la *actio mandati*, esta vía resultó ser más eficiente que la *Lex Aquilia*.

Todo lo anterior permite advertir el carácter dinámico de la tutela de daños en el derecho romano. Este dinamismo se refleja en el *Corpus Iuris Civilis*, ya que la actividad del pretor permitió el

---

pretoria. *Themis. Revista de Derecho*, (73), 165-193.

689 SOLARTE RODRÍGUEZ, A. (2004). Los actos ilícitos en el derecho romano. *Vniversitas*, *53*(107), 691-746.

690 SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La Lex…, op. cit.,* p. 168.

691 AEDO BARRENA, C. (2009). Los requisitos de la *Lex Aquilia*, con especial referencia al daño. Lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero. *Ius et Praxis*, *15*(1), 311-337.

surgimiento de acciones residuales, como las acciones *utilis* e *in factum.* Esta última se desarrollará más adelante por su relevancia en la protección de daños por inmisiones.

Asimismo, es importante destacar la labor de los juristas, que resolvían diversas consultas basándose en los elementos de la *Lex Aquilia,* pero interpretando con un mayor nivel reflexivo y profundo.

*IV. 1. a) Conducta típica (*occidere, urere, frangere, rumpere*)*

Del primer y tercer capítulo de la *Lex Aquilia* se desprenden los cuatro verbos que inicialmente implicaban "una actividad física y violenta del agente, que se concretaba en una intervención material y directa de él sobre el objeto lesionado".[692]

El primero era *occidere* (matar), que fue entendido como una actividad realizada de forma violenta. Sin embargo, con el caso del envenenamiento a una esclava (D. 9. 2. 9. pr) los juristas ampliaron el ámbito de aplicación, en el sentido de que la muerte podía haber sido realizada a través de la persuasión; de esta forma, el criterio de la violencia fue suprimido bastando el contacto físico.[693]

Continua el *urere* (quemar), con la casuística se reconsideró la actividad directa de la conducta, ya que el propietario de un bien podía acudir a la *Lex Aquilia* aun cuando el fuego que se ocasionó en un bien vecino se propagó hasta el suyo (D. 9. 2. 27. 8), es decir, se aceptaba una causalidad mediata mediante el análisis de la intención inicial del agente.[694]

Sobre el *frangere* (hacer pedazos), no hubo mayores cambios en su

[692] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La Lex…, op. cit.,* p. 173.

[693] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La Lex…, op. cit.,* p. 173.

[694] *Ibidem*, p. 174.

aplicación. Esta acción implicaba destruir una cosa (acción directa) con deliberada intención.[695]

Y el verbo *rumpere* (romper), a diferencia del verbo anterior, recibió una interpretación más amplia al ser equiparado con *corrumpere*, lo que permitió daños no necesariamente permanentes, pero sí económicamente relevantes. Por ejemplo, en Digesto 9, 2. 27. 17 se menciona que los golpes a un esclavo generaban un *damnum* cuando su recuperación requería un gasto considerable.

IV. 1. b) Nexo causal

Este elemento adquirió contenido tras extrapolar las características comunes de las conductas tipificadas: *occidere, urere, frangere, rumpere*, las cuales implicaban un "contacto material, directo y físico del agente con la cosa; es decir, que el daño pudiera vincularse directamente a un esfuerzo muscular, esto es, que fuera *corpore suo datum*".[696] En otras palabras, originalmente la *Lex Aquilia* solo se aplicaba cuando existía un contacto inmediato entre la conducta y el daño.

Aedo Barrena (2015)[697] sostiene que los juristas romanos no desarrollaron una teoría general sobre la causalidad, sino que analizaban caso por caso para determinar si se cumplía o no con la conducta tipificada. En aquellos casos donde no había *corpore suo datum* —por ejemplo, daño a través de terceros o por omisión—, los juristas introdujeron el análisis de culpa del agente, esto es, su comportamiento y cómo incidía en el resultado dañoso.

---

[695] *Ibidem*.

[696] *Ibidem*, p. 176.

[697] AEDO BARRENA, C. (2015). La cuestión causal en la "Lex Aquilia" y su solución mediante el mecanismo de la culpa. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (37), 37-75.

Además, el termino *corpore* no debía entenderse como una exigencia de contacto corpóreo literal, sino más bien que el daño fuese imputable al agente, mediante la verificación de que su comportamiento fue objetivamente idóneo y directo para causar el daño.[698]

Entonces, el análisis de causalidad entre la conducta del agente y el daño debía considerar no solo el aspecto fáctico (si fue directo y material), sino también un análisis jurídico del comportamiento del agente: la culpa.

Como consecuencia de esta evolución interpretativa, Schipani (2007)[699] señala que, en la etapa republicana y clásica, la conducta podía consistir tanto en una acción u omisión atribuible al agente. En la misma línea, Aedo Barrena (2009)[700] señala que, si bien la *Lex Aquilia* se regía por el principio *damnum corpore suo datum*, la actividad del pretor permitió excepciones al mismo, admitiendo casos en los que el daño no provenía directamente de la acción del autor.

IV. 1. c) La iniuria

Similar al anterior, este elemento aparece junto a los verbos delictivos del primer y tercer capítulo del plebiscito. Se entendió que su función inicial era indicar el modo en que fueron realizados, y esto no solo porque se revisó la sintaxis del plebiscito, sino también desde un análisis dogmático, ya que, en definitiva, el daño producido a las cosas de un ciudadano romano era contrario a derecho.[701]

---

[698] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La Lex…, op. cit.,* p. 178. Cuando cita a Piro.

[699] SCHIPANI, S. (2007). De la *Ley Aquilia* a Digesto 9: Perspectivas sistemáticas del Derecho romano y problemas de la responsabilidad extracontractual. *Revista de derecho Privado*, (12-13), 263–288.

[700] AEDO BARRENA, *Los requisitos…, op. cit.,* p. 318.

[701] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, L. C. (2016). De la culpa de la Lex Aquilia del Derecho

Entonces, los juristas de la época cuando revisaban los casos determinaban si el actuar del agente se había realizado con alguna justificación acorde a derecho. En este análisis casuístico es que la jurisprudencia tardorrepublicana concibió a la culpa como un límite a la estricta evaluación de las justificaciones alegadas.[702]

Esto significa que, en una primera etapa, la *iniuria* era entendida de una forma objetiva, es decir, bastaba que el autor no estuviera autorizado para actuar o que lo hiciera sin causa legítima. No era necesario examinar al autor.

Sin embargo, esta idea resultaba insuficiente para resolver los nuevos supuestos en los que su actuación resultaba ser reprochable, aunque cumpliera con el supuesto. Aunado a esto, el criterio del *damnum corpore suo datum* ocasionaba supuestos donde la actuación no era directa o material. Por ello, los juristas introdujeron el análisis subjetivo de la conducta, revisando cuál fue su intención o el grado de diligencia que les correspondía.

Este cambio de enfoque en la *iniura* relacionándolo con la culpa permitió extender la tutela de la *Lex Aquilia* a casos donde había daños indirectos, mediatos o por omisión, previamente evaluando si el autor había actuado con culpa.

IV. 1. d) El damnum

La conducta ilícita del autor generaba un *damnum* que significaba básicamente un perjuicio patrimonial derivado de la destrucción o deterioro del bien. Según Sánchez Hernández (2018),[703] la *Lex*

romano al principio de la responsabilidad por culpa en el Derecho civil colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (30), 287-335.

[702] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La Lex…, op. cit.,* p. 178 y ss.

[703] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La Lex…, op. cit.,* p. 185 y ss.

Aquilia buscaba tutelar la propiedad y no el patrimonio en general, en ese sentido, ante un daño se estimaba el valor de la *res*¸ sin incluir, por ejemplo, las pérdidas o gastos sufridos por el propietario.

Se podía afirmar que el daño debía ser: existente, que implicaría una disminución constatable en el valor del bien; cierto, que se pueda valorizar la reducción al momento del daño, no incluyendo posibles ganancias o réditos futuros y eventuales; y, por último, debía ser estimable, proveniente del valor de la cosa, no consideraba el daño puramente moral o el valor de la afección de la cosa para el propietario.[704]

Entonces, la sanción por el daño se calculaba inicialmente con base a la *aestimatio rei. P*osteriormente, el criterio interpretativo de los juristas a finales del siglo I d. C. tomó en cuenta el *utilitas* del propietario sobre la cosa dañada para determinar el monto del daño. Esta evolución interpretativa representaría una etapa intermedia entre la *aestimatio rei* y el *id quod interest*.[705]

Este mismo autor explica que el *id quod interest* consistía en un criterio para valorar el daño, en el cual se consideraba la diferencia patrimonial existente entre la situación anterior a la conducta ilícita y la situación posterior a ella. Asimismo, este cambio resulta un punto clave para afirmar que la acción aquiliana estaba optando por una función más resarcitoria que sancionatoria, a diferencia del plebiscito aquiliano.

En atención a lo indicado, el cambio de criterio en la estimación del daño en el derecho romano justinianeo permitió considerar una amplia gama de perjuicios que no solo recaían en el valor real de la cosa dañada, sino que incluyó la disminución en el peculio del afectado.

Con el análisis de cada elemento de la acción aquiliana, se ha buscado mostrar cómo la *Lex Aquilia* fue evolucionando desde sus

[704] *Ibidem*, p. 185.

[705] *Ibidem*, p. 186.

formulaciones iniciales hasta la época de Justiniano, quien recopiló las opiniones de juristas de distintas etapas. Esto evidencia cómo los nuevos casos exigieron interpretaciones que respondieran a las necesidades de su tiempo. Como resultado, la *Lex Aquilia* terminó configurándose de un modo más cercano a lo que hoy entendemos como responsabilidad civil extracontractual: un tránsito desde la protección de la cosa hacia la protección del patrimonio como un todo.

IV. 2. La vía procesal: la actio in factum *o acción por el hecho*

Como se ha mencionado, la actividad del pretor fue fundamental en el desarrollo evolutivo de la responsabilidad aquiliana, ya que permitió ampliar su ámbito de aplicación a supuestos que, en un inicio, no estaban cubiertos por la acción directa. De este modo surgieron las denominadas acciones residuales: la *actio utilis* y *actio in factum,* las cuales no solo respondían a la necesidad de cubrir estos vacíos normativos, sino que también se alineaban con la función resarcitoria que comenzaba a perfilarse en la responsabilidad aquiliana, a partir de la labor interpretativa de los juristas.

Estas acciones residuales se presentaban, principalmente, ante dos situaciones: primero, cuando el afectado no era propietario de la cosa afectada, y segundo, cuando el supuesto no cumplía alguno de los elementos clásicos de la responsabilidad aquiliana.

Sobre el primer supuesto, la ampliación de la legitimación activa, es pertinente recalcar que el plebiscito de Aquilio pretendía dar un mecanismo de protección a los *dominus* de las cosas dañadas injustamente, ya que, en ese entonces, la tutela se daba solo si la cosa existía y estaba en posesión de un tercero, para ello, contaban con la *rei vindicatio* y *condictio.*[706]

[706] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La Lex…, op. cit.,* p. 187.

En consecuencia, solo el *dominus* o propietario estaba legitimado para accionar la responsabilidad aquiliana, lo que excluía a otros sujetos con otro tipo de relación con la cosa. Ante esa limitación, la actividad pretoriana permitió extender la tutela a sujetos que no contaban con el *dominus,* como el usufructuario, acreedor pignoraticio y al titular de una servidumbre, e incluso a quienes tenían derechos personales o interés legítimo en la cosa dañada, como el colono o el comodatario.[707, 708]

En cuanto a la segunda situación, la ampliación de la tutela aquiliana se daba en aquellos casos en los que el daño no resultaba de las conductas previstas en los verbos típicos del primer y tercer capítulo de la ley (*occidere, urere, frangere, rumpere*), o no cumplía con el criterio del *corpore suo datum*.[709]

Estas dos situaciones fueron tuteladas por medio de la *actio utilis* y la *actio in factum.* No obstante, la doctrina romanista ha debatido si existió una distinción entre ambas. No obstante, siguiendo la hipótesis de Ziliotto, la *actio in factum* era una acción pretoriana concedida para casos concretos no previstos en el edicto del pretor ni en ninguna acción preexistente. En cambio, la *actio utilis* derivaba de una acción ya existente y se utilizaba para adaptarla al nuevo supuesto por medio de una analogía.[710]

Ahora bien, estas acciones no eran excluyentes entre sí sino que actuaban en planos distintos: mientras que la *actio utilis* se refería a la forma de adaptar los casos sea una *fictio* o formula *in factum concepta*, la *actio in factum* aludía al origen procesal de la acción,

---

[707] AEDO BARRENA, C. (2011). La ampliación de la legitimación activa en la *Lex Aquilia,* a través de las acciones *in factum* y útiles. *Revista General de Derecho Romano*, (17).

[708] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La Lex…, op. cit.,* p. 188.

[709] *Ibidem*, p. 188.

[710] *Ibidem*, p. 189 y ss.

esto es, si provenía del decreto del pretor o si estaba contemplada en su edicto anual. Por tanto, concluye que ambas acciones eran complementarias debido a que una misma acción podía ser *utilis* e *in factum* al mismo tiempo.

Por otro lado, Aedo Barrena (2011)[711] expone tres tendencias doctrinales sobre la diferenciación de las acciones. En la primera, las diferencia señalando que la *actio utilis* amplía la legitimación activa, mientras que la *actio in factum* extiende el ámbito material, considerando supuestos como los daños mediatos. En La segunda las equipara, afirmando que la *actio utilis* se configura mediante una *fictio* y la *in factum* se circunscribe en las *in factum concepta.* La tercera postura que suscribe el autor, basada en un análisis histórico, postula que para la época de Justiniano se produjo una sustitución de la *actio utilis* por la *actio in factum,* de modo que esta última pasó a ser la única acción residual.

Podría concluirse que, en la época de Justiniano, tras un largo recorrido interpretativo de los jurisconsultos y la actividad pretoriana la responsabilidad aquiliana podía ejercitarse por vía directa o mediante la acción por el hecho (*actio in factum*).

Antes de pasar al siguiente punto es conveniente precisar que el estudio de los romanistas revela ciertas contradicciones en las respuestas de los juristas, por ejemplo, en un caso donde un objeto se pierde porque se cayó a una fuente de agua se concede la acción por el hecho en D. 19. 5. 23 [25. V. 24. H.] pero en otro caso similar se opta por la acción directa en D. 9. 2. 27. 21.

Ante este problema, Aedo Barrena (2015)[712] plantea tres lecturas interpretativas. Para efectos de esta investigación importa la tercera, según la cual la culpa permite determinar la acción que corresponde ante los daños. Siendo que, si un sujeto actúa con culpa e inicia

[711] AEDO BARRENA, *La ampliación…, op. cit.*

[712] AEDO BARRENA, *La cuestión…, op. cit.,* p. 63.

el curso causal (dominio del hecho), entonces se aplica la acción directa, pero si inicia el curso causal y no hay culpa o no inicia el curso causal, pero el sujeto estaba en posición de evitarlo (deber de cuidado), entonces correspondía la acción por el hecho.

Agrega que la lectura de los casos examinados le permite destacar un criterio común: el análisis del daño debe comenzar evaluando la conducta del agente, es decir, la existencia de culpa, antes de proceder a evaluar la relación de causalidad.

En síntesis, para determinar qué mecanismo procesal se podía accionar ante un supuesto de daño injusto al patrimonio de un sujeto corresponde analizar la conducta del agente y si no cumplía con los elementos primigenios de la *Lex Aquilia*.

IV. 3. La tutela de la immissio *en la* Lex Aquilia

El problema que inició esta investigación fue determinar si el sujeto afectado por una inmisión no permitida, que ocasionaba daño a su patrimonio, podía encontrar tutela en la responsabilidad aquiliana.

Para dar respuesta a esta interrogante resulta necesario analizar un caso en concreto. Si bien problema de la fábrica de quesos constituye el caso paradigmático para la *immissio* y trataba sobre una intromisión de humo, es conveniente examinar el fragmento de D. 9. 2. 49 pr, en el cual también se aborda este supuesto.

En dicho fragmento se presenta la siguiente hipótesis: A genera humo que llega al predio de B, causando la huida o muerte de las abejas que se encontraban allí. En principio, podría cuestionarse si la muerte de las abejas o pérdida de ellas podría ser considerado como un menoscabo en el patrimonio de B. Al respecto, *Institutas* 2. 1. 14 explica que las abejas son animales salvajes, pero distingue dos situaciones para su protección: primero, si las abejas están en un panal natural dentro del predio de un sujeto y un tercero intenta apropiárselas, dicho acto puede ser impedido alegando que está

invadiendo propiedad ajena; en este caso, se protege el terreno en sí y no a las abejas como tales. La segunda situación es cuando las abejas han sido encerradas en una colmena (producto del hombre), en este caso se consideran como parte del *dominium* de un sujeto, entonces, si se escapan, siguen formando parte de su patrimonio mientras las pueda ver o perseguir. Si esto no es posible, se considera que ha perdido su derecho sobre ellas.

Para el caso planteado, el párrafo no señala la situación exacta de las abejas, pero la referencia a su huida o muerte permite asumir que se trata de la segunda hipótesis, es decir, de abejas contenidas en una colmena, y por tanto parte del patrimonio de B. En consecuencia, B habría sufrido una disminución patrimonial susceptible de ser valorada conforme al criterio del *id quod interest*.

Díaz-Bautista (2012),[713] al analizar la represión de las inmisiones, sostiene que ante una actividad perturbadora del uso y disfrute del bien que ocasiona, además, produce una reducción en el patrimonio de un sujeto, corresponde el remedio de la responsabilidad aquiliana, ya sea mediante la acción directa o la acción de hecho. Entonces, si B ha sufrido un daño será necesario analizar la conducta de A para determinar cuál acción le corresponde, conforme se explicó en el apartado anterior.

La conducta de A podría calificarse como una inmisión que causó un *occidere* o *rumpere* no directo, sin una justificación jurídica válida (por ejemplo, una servidumbre de humo). Además, A podía prever el daño que su actividad generaría, pues era razonable anticipar que el humo llegaría al predio colindante y causaría perjuicio.

Por tanto, al tratarse de una conducta que A podía evitar, y siendo el daño resultado de un curso causal evitable, se concluye que la acción procedente sería la acción por el hecho o *actio in factum*. Así fue como se resolvió en o D. 9. 2. 49 pr, y así también los recoge

[713] DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, *La protección…, op. cit.*

Sánchez Hernández (2018),[714] quien clasifica este caso como parte del grupo de los *actiones in factum.*

Con todo lo expuesto, es posible afirmar que la represión de inmisiones no permitidas contaba con tres mecanismos de tutela la *actio negatoria*, la *uti possidetis* y la responsabilidad aquiliana sea mediante la acción directa o la acción de hecho (*actio in factum*).

Aunque el caso de la fábrica de quesos no abordó expresamente la cuestión de los daños, el análisis evolutivo de la *Lex Aquilia* desarrollado en esta investigación permite concluir que, en la época de Justiniano, los daños producidos por *immissio* sí merecían tutela jurídica, siempre que no fueran permitidos y hubiesen causado un perjuicio económico al afectado.

V. Conclusiones

a) La *immissio* fue una situación frecuente en la sociedad romana y su tutela se desarrolló progresivamente a través de la evolución del concepto del *dominium.* Sin embargo, no toda intromisión era automáticamente reprochable sino que era necesario evaluar el contexto y las circunstancias de los predios colindantes. En ese sentido, por *immissio* no permitida se entiende como aquella intromisión de carácter corporal, derivada de una actividad anormal realizada dentro de los límites de un bien, que por su gravedad afecta el uso y disfrute del bien ajeno, de modo que no puede ser razonablemente tolerada.

b) La tutela ante la *immissio* no permitida podía responder a dos tipos de protección: la protección del uso y disfrute del bien o la

[714] SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La Lex.., op. cit.,* p. 188.

protección del patrimonio del afectado. Respecto del primero, si el afectado tenía el *dominium* podía accionar mediante la *actio negatoria;* si solo tenía la *possessio* le correspondía el interdicto *uti possidetis.* Sobre la segunda forma, si la *immissio* producía un daño económicamente valorable procedía la tutela a través de la responsabilidad aquiliana.

c) La *Lex Aquilia* es el antecedente escrito más remoto del derecho de daños en el derecho romano justinianeo, esto no implica que antes no existiera protección frente a daños injustos. Su gran importancia radica en haber unificado criterios dispersos y permitido la evolución conceptual del *damnum iniuria datum*.

d) La labor de los juristas fue fundamental para extender el ámbito de aplicación de la responsabilidad aquiliana, incorporando supuestos como las inmisiones no permitidas, que inicialmente no estaban contemplados en el plebiscito de Aquilio. Asimismo, la actuación de los pretores permitió contar con los mecanismos procesales mediante la acción directa y la acción por el hecho.

e) Frente a un caso de *immissio* no permitida que causaba un perjuicio patrimonial, el análisis debía comenzar por la conducta del sujeto causante del daño, para evaluar si existía culpa y si su comportamiento había generado el resultado lesivo de manera directa o mediata. Solo después de este examen podía determinarse el mecanismo procesal más adecuado: si correspondía la acción directa o si, por el contrario, debía acudirse a la acción residual, como la *actio in factum*, en función del grado de implicación causal y la evitabilidad del daño.

f) Finalmente, puede concluirse que, en la época de Justiniano, el derecho romano reconocía una tutela jurídica amplia frente a

daños producidos por *inmissio*, especialmente cuando estos afectaban el patrimonio del afectado. Así, la responsabilidad aquiliana se consolidó como un instrumento no solo sancionador, sino cada vez más claramente resarcitorio, capaz de adaptarse a nuevas realidades mediante la casuística y la flexibilidad procesal proporcionada por la labor pretoriana y jurisprudencial.

VI. Referencias

AEDO BARRENA, C. (2009). Los requisitos de la *Lex Aquilia*, con especial referencia al daño. Lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero. *Ius et Praxis*, *15*(1), 311-337.

AEDO BARRENA, C. (2011). La ampliación de la legitimación activa en la *Lex Aquilia,* a través de las acciones *in factum* y útiles. *Revista General de Derecho Romano*, (17).

AEDO BARRENA, C. (2015). La cuestión causal en la "Lex Aquilia" y su solución mediante el mecanismo de la culpa. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (37), 37-75.

ALONSO PÉREZ, M. (1983). Las relaciones de vecindad. *Anuario de Derecho Civil*, *36*(2), 357–395.

AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. F. (2009). No siendo contra derecho ajeno: Hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro código civil. *Revista Chilena de Derecho*, *36*(3), 467-503.

AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. F. (2013). Hacia un concepto de inmisiones en el Derecho Chileno. *Revista Chilena de derecho*, *40*(1), 45-88.

AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. F. (2013). Acción de responsabilidad y teoría de las inmisiones. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (40), 53-73.

DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. A. (2012). La protección interdictal del dominio público y su influencia en el interdicto de retener. *Revista General De Derecho Romano*, (19).

ESCUTIA ROMERO, R. (2016) Reseña del libro *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en derecho romano*, de M.ª C. Jiménez Salcedo. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (3), 253-261.

LÁZARO GUILLAMÓN, M. C. (2013) La *actio negatoria* del derecho romano como protección efectiva frente a agresiones ambientales. *Revista General De Derecho Romano*, (21).

MÉNDEZ CHANG, E. (2019). *Introducción al Derecho Romano.* Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, L. C. (2016). De la culpa de la Lex Aquilia del Derecho romano al principio de la responsabilidad por culpa en el Derecho civil colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (30), 287-335.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, L. C. (2018). La *Lex Aquilia*: la estructura del *damnum iniuria datum* y su evolución a través de la *interpretatio prudentium* y la actividad pretoria. *Themis. Revista de Derecho*, (73), 165-193.

SCHIPANI, S. (2007). De la *Ley Aquilia* a *Digesto* 9: Perspectivas sistemáticas del Derecho romano y problemas de la responsabilidad extracontractual. *Revista de derecho Privado*, (12-13), 263–288.

SOLARTE RODRÍGUEZ, A. (2004). Los actos ilícitos en el derecho romano. *Vniversitas*, *53*(107), 691-746.

Proceso electoral romano en época republicana

Lourdes Llorvandi[715]

Resumen

El trabajo realiza un análisis comparativo entre el régimen electoral de la Roma republicana y el sistema vigente en la República Argentina, a fin de examinar la evolución histórica del sufragio y de las instituciones electorales. En Roma, el voto se concebía como un derecho y no como una obligación, sin sanciones para quienes se abstuvieran de participar. Las elecciones se celebraban en el Campo de Marte y se organizaban a través de distintos tipos de comicios, cuya estructura reflejaba una marcada desigualdad social, ya que el valor del voto dependía de la posición económica del ciudadano, así como el acceso a las magistraturas estaba condicionado por el cumplimiento del *cursus honorum*. En contraste, el sistema argentino se encuentra constitucionalizado y reglamentado por el Código Electoral Nacional. El sufragio es universal, secreto y obligatorio,

[715] Abogada, escribana, profesora universitaria, tesista de master en derecho empresarial por la Universidad Católica de Córdoba. Profesora adjunta de la materia Derecho Romano, Cátedra "A", Universidad Católica de Córdoba. Contacto: lourdesllorvandi@gmail.com.

configurándose como un deber cívico para los ciudadanos. La organización del padrón electoral, la división territorial en distritos y mesas y la regulación del acto comicial responden a criterios objetivos y normativamente establecidos. El trabajo también aborda los requisitos constitucionales para la postulación de candidaturas y el régimen de infracciones y delitos electorales. En conclusión, se evidencia una transformación sustancial desde un modelo antiguo, estratificado y no obligatorio, hacia un sistema democrático moderno basado en la igualdad política, la juridicidad y la protección institucional del sufragio.

Palabras clave: derecho romano; elecciones; república

I. Introducción

El sistema electoral romano constituye una de las instituciones más complejas y reveladoras de la organización política de la República.

A través de él se materializaba la participación del pueblo en la designación de magistrados y en la toma de decisiones fundamentales para la vida pública, reflejando así los principios de soberanía popular y equilibrio entre los diversos órdenes sociales que caracterizaron al Estado romano.

El estudio del sufragio romano no solo permite comprender el modo en que se articulaban las relaciones entre los ciudadanos y el poder, sino también advertir las tensiones inherentes entre el ideal republicano de participación y las limitaciones prácticas, económicas y sociales que condicionaban su ejercicio.

En efecto, el voto en Roma era un derecho esencialmente voluntario, restringido por factores logísticos y censitarios, y desarrollado en un marco institucional donde las clases más acaudaladas concentraban la mayor influencia política.

El presente trabajo se propone realizar un análisis comparativo entre el régimen electoral de la Roma republicana y el sistema vigente en la República Argentina, con el objeto de examinar la evolución histórica y jurídica de los institutos fundamentales del derecho electoral. A partir de ejes temáticos comunes —la naturaleza del sufragio, el lugar y el tiempo de la votación, el sistema electoral, los requisitos para la postulación de candidaturas y el régimen de ilícitos— se busca identificar continuidades conceptuales y profundas transformaciones normativas que evidencian el tránsito desde un modelo político de participación restringida hacia un sistema democrático constitucional estructurado sobre los principios de universalidad, igualdad y obligatoriedad del voto.

El contraste entre ambos ordenamientos permite no solo contextualizar históricamente las instituciones electorales contemporáneas, sino también valorar el grado de juridicidad, formalización y garantías que caracterizan al derecho electoral moderno, particularmente en el marco constitucional argentino.

A través de este análisis se pretende ofrecer una visión integral del fenómeno electoral romano, destacando su relevancia como antecedente de los sistemas políticos actuales y como expresión concreta del *imperium populi Romani*.

II. El proceso electoral

En el marco del derecho público, los ciudadanos romanos gozaban de una serie de prerrogativas políticas que expresaban su pertenencia al *populus Romanus* y su participación en la vida cívica del Estado.

Entre ellas se destacaba el *ius suffragii* o derecho de voto, que permitía intervenir en las asambleas populares (*comitia*) para elegir magistrados, aprobar leyes o resolver cuestiones judiciales de trascendencia pública. Este derecho constituía una manifestación

esencial de la soberanía popular y un elemento definitorio del estatus cívico.

Junto a él se encontraba el *ius honorum* o derecho a ocupar cargos públicos, que facultaba a los ciudadanos aptos —según su edad, censo y cumplimiento del *cursus honorum*— a postularse y desempeñar magistraturas.

Ambos derechos, profundamente vinculados, representaban las formas más elevadas de participación política en la República romana y aún continúan vigentes hoy, consagrados en nuestra Constitución Nacional y en los diversos códigos electorales, tanto nacionales como provinciales.

II. 1. De la voluntariedad a la obligatoriedad

El ejercicio del voto en Roma se concebía primordialmente como un derecho y no como una obligación. En efecto, el sufragio carecía de carácter imperativo, y las fuentes jurídicas no registran la existencia de sanciones o medidas coercitivas dirigidas contra aquellos ciudadanos que se abstuvieran de participar en los comicios.

Con frecuencia, los romanos se veían materialmente impedidos de ejercer este derecho debido a las dificultades logísticas que ello implicaba. Debe recordarse que, pese a la vasta extensión territorial del Imperio, el acto electoral tenía lugar exclusivamente en la ciudad de Roma, lo que suponía elevados costos de desplazamiento y tiempo para quienes residían en provincias u otras regiones distantes.

Asimismo, según la actividad del magistrado de turno, en determinados años podían convocarse múltiples elecciones, lo que incrementaba la carga para los ciudadanos.

No era infrecuente, además, que el proceso electoral se prolongara o interrumpiera, ya fuera por anulaciones o aplazamientos, para ser posteriormente reanudado o continuado en fechas posteriores.

Lo expuesto contrasta con el régimen vigente en la República

Argentina, donde el sufragio se erige como universal, secreto y obligatorio, principio instaurado a partir de la Ley Sáenz Peña y actualmente receptado en la Constitución de la Nación Argentina (artículo 37) y reglamentado por el Código Electoral Nacional.

En particular, la obligatoriedad del voto encuentra fundamento en el artículo 12 del Código Electoral Nacional (en adelante, CEN), que lo configura como un deber cívico para todos los ciudadanos argentinos mayores de dieciocho (18) y menores de setenta (70) años. En cambio, para los ciudadanos de dieciséis (16) y diecisiete (17) años, así como para los mayores de setenta (70), el ejercicio del sufragio reviste carácter facultativo.

Asimismo, respecto de los electores comprendidos en el tramo etario en que el voto es obligatorio (18 a 70 años), el CEN contempla un catálogo taxativo de excepciones que habilitan la justificación de la inasistencia. Entre ellas se encuentra el supuesto de hallarse el elector, el día del comicio, a más de quinientos (500) kilómetros del lugar donde deba sufragar, circunstancia que debe acreditarse mediante constancia expedida por autoridad policial competente que certifique su comparecencia en esa jurisdicción.

Complementariamente, el artículo 18 del CEN crea el "Registro de Infractores al Deber de Votar", mientras que el artículo 125 establece el régimen sancionatorio aplicable a quienes incumplan injustificadamente con dicha obligación, previendo la imposición de multas graduadas en función de la reiteración de la conducta omisiva.

II. 2. Del lugar del sufragio

Durante la República romana, el lugar destinado a la votación era fundamental dentro de la organización política de la ciudad, ya que expresaba la participación directa del pueblo en los comicios.

Las asambleas de ciudadanos se celebraban principalmente en el Campo de Marte (*Campus Martius*), un amplio espacio situado

fuera del *pomerium* —los límites sagrados de Roma—, lo que permitía la concurrencia de gran cantidad de ciudadanos sin interferir en las actividades religiosas de la urbe.

Allí se levantaban las *saepta*, recintos cerrados y ordenados donde los votantes emitían su sufragio de manera individual, inicialmente de forma oral y, posteriormente, mediante tablillas, tras la introducción del voto secreto en el siglo II a. C.

Este lugar, además de su función práctica, simbolizaba el ejercicio del poder popular (*imperium populi Romani*) y el principio republicano de que la soberanía residía en el conjunto de los ciudadanos romanos convocados en los comicios.

En la actualidad, la determinación del lugar de votación se encuentra estructurada sobre la base de la división territorial en distritos electorales, conforme la organización del Registro Nacional de Electores prevista en el Código Electoral Nacional. Dicho registro se integra con la información suministrada por el Registro Nacional de las Personas (Renaper), particularmente en lo relativo a los domicilios declarados por los ciudadanos, los cuales constituyen el criterio central para la asignación territorial del elector.

El artículo 39 del citado cuerpo normativo establece la división del territorio electoral en distritos, y prevé su subdivisión en secciones, circuitos y mesas de votación, configurando así la estructura organizativa del padrón. En este esquema, cada mesa electoral se integra con un número determinado de electores inscriptos en un mismo circuito, con un mínimo de sesenta (60) y un máximo de trescientos cincuenta (350) electores, conforme las pautas legales vigentes.

II. 3. Del sistema de votación

La votación en la Roma republicana se realizaba mediante el sistema de los comicios, asambleas populares en las que los ciudadanos ejercían su derecho político al sufragio.

En un primer momento, el procedimiento se desarrolló en los comicios por curias, una forma primitiva de organización basada en vínculos de sangre y pertenencia familiar.

Con el paso del tiempo este sistema fue sustituido por los comicios centuriados, una estructura más compleja que clasificaba a los ciudadanos según su riqueza patrimonial, medida en unidades de bronce denominadas *ases*. Este criterio económico determinaba el orden de votación y la influencia política de cada grupo.

Así, la clase ecuestre —integrada por los caballeros— votaba en primer término y representaba dieciocho centurias, mientras que la primera clase de infantería contaba con ochenta centurias. Dado que el total general ascendía a ciento noventa y tres centurias, el acuerdo entre las clases más privilegiadas bastaba en la práctica, para decidir el resultado de cualquier elección.

En consecuencia, los ciudadanos pertenecientes a las clases inferiores, que votaban al final y con escasa representación, veían su derecho al sufragio reducido a una mera formalidad, ya que sus votos rara vez influían en las decisiones públicas y, en ocasiones, ni siquiera eran convocados a participar.

En la República Argentina, el sistema electoral para la elección de autoridades nacionales se encuentra regulado por la Constitución Nacional y por el Código Electoral Nacional, los cuales establecen procedimientos diferenciados según la naturaleza del cargo a elegir, adoptando distintos métodos electorales que combinan criterios mayoritarios y proporcionales.

La elección del presidente y vicepresidente de la Nación se rige por un sistema mayoritario con eventual segunda vuelta electoral, también denominado *ballotage*, conforme lo disponen los artículos 94 a 98 de la Constitución Nacional. Ambos cargos se eligen mediante el sistema de fórmula presidencial, integrada por un candidato a presidente y otro a vicepresidente, quienes son votados conjuntamente por el electorado.

El sistema establece que una fórmula resultará electa en primera

vuelta cuando obtenga el cuarenta y cinco por ciento (45%) o más de los votos afirmativos válidamente emitidos. Asimismo, podrá resultar electa en primera vuelta aquella fórmula que obtenga al menos el cuarenta por ciento (40%) de los votos afirmativos válidos, siempre que exista una diferencia superior a diez (10) puntos porcentuales respecto de la fórmula que le siga en cantidad de votos.

En caso de que ninguna fórmula alcance dichos porcentajes, se procede a la realización de una segunda vuelta electoral entre las dos fórmulas más votadas en la primera instancia. En esta etapa resultará electa la fórmula que obtenga la mayoría simple de los votos válidamente emitidos, asegurando de este modo que el titular del Poder Ejecutivo Nacional cuente con un respaldo electoral significativo.

La elección de diputados nacionales se realiza mediante un sistema de representación proporcional, utilizando el método D'Hondt para la asignación de bancas, conforme lo establece el Código Electoral Nacional. En este esquema, cada provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires constituyen distritos electorales independientes, en los cuales se elige un número determinado de diputados en proporción a la población.

Las agrupaciones políticas presentan listas de candidatos ordenadas y la distribución de las bancas se efectúa en función de la cantidad de votos obtenidos por cada lista. El método D'Hondt permite asignar los escaños de manera proporcional a la representación electoral obtenida, favoreciendo la participación de minorías políticas y garantizando una mayor correspondencia entre la voluntad popular y la integración de la Cámara de Diputados.

La elección de senadores nacionales se rige por un sistema mayoritario con representación de la minoría, conforme lo dispuesto por el artículo 54 de la Constitución Nacional. Cada provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires eligen tres (3) senadores nacionales, conformando así la representación federal en la Cámara Alta.

En este sistema, la lista que obtiene la mayor cantidad de votos en el distrito accede a dos (2) bancas senatoriales, mientras que la lista

que resulta en segundo lugar obtiene una (1) banca. Este mecanismo busca equilibrar el principio mayoritario con la representación de las minorías, garantizando la presencia de más de una fuerza política en la Cámara de Senadores.

La renovación de los senadores se realiza por tercios cada dos años, lo que contribuye a la continuidad institucional del órgano legislativo y permite una actualización progresiva de su composición sin alterar su estabilidad funcional.

En 2024, la República Argentina sancionó la Ley 27.781, que introdujo una reforma sustancial al Código Electoral Nacional, modificando el sistema de votación para cargos nacionales e instaurando la Boleta Única Papel como instrumento oficial de sufragio.

Hasta ese momento regía el denominado sistema de boleta partidaria múltiple, en virtud del cual cada partido político o alianza electoral debía confeccionar, imprimir y proveer su propia boleta, existiendo en el cuarto oscuro tantas boletas como agrupaciones oficializadas participaran en la contienda. En contraste, el nuevo régimen establece la utilización de una única boleta, impresa y provista por el Estado, en la que se concentran todas las fuerzas políticas y candidaturas oficializadas para cada categoría electoral, permitiendo al elector seleccionar su opción mediante una marcación en el mismo instrumento.

De este modo, la diferencia estructural entre ambos sistemas radica en que el modelo anterior se sustentaba en una pluralidad de boletas partidarias físicamente diferenciadas, mientras que la Boleta Única Papel unifica en un solo documento todas las alternativas electorales disponibles en la elección correspondiente.

II. 4. Del tiempo de la votación

La mayoría de los cargos públicos en Roma tenían una duración anual, aunque algunos, como los censores, se renovaban cada cinco

años, por lo que anualmente se celebraba al menos una votación y en múltiples ocasiones más de una vez al año.

Entre las magistraturas ordinarias se elegían anualmente dos cónsules, los pretores, los cuestores y los ediles, mientras que las magistraturas extraordinarias son convocadas solo en situaciones excepcionales.

El cuerpo electoral variaba según la magistratura a elegir. Los comicios centuriados eran los encargados de designar a los cónsules, pretores y censores; la *comitia tributa*, de elegir a los ediles, cuestores y magistrados menores; y el concilio de la plebe, de elegir a los tribunos de la plebe y a los ediles plebeyos.

Este sistema reflejaba la compleja organización política romana, en la que cada asamblea tenía competencias específicas y una composición social distinta.

El censo desempeñaba un papel esencial en todo el proceso electoral, pues tanto el derecho al sufragio como la posibilidad de acceder a una magistratura dependían de la correcta inscripción censal. La pureza y precisión del censo garantizaban la legalidad de los comicios y la transparencia de los resultados.

En la actualidad, la elaboración del padrón electoral para cada proceso comicial corresponde al Registro Nacional de Electores, organismo previsto en el Código Electoral Nacional, encargado de confeccionar el listado de todos los ciudadanos habilitados para ejercer el derecho al sufragio en la elección respectiva.

El procedimiento contempla, en primer término, la formación de un padrón provisorio, el cual debe publicarse con la debida difusión a fin de garantizar el derecho de los electores a formular reclamos por omisiones, errores registrales o inclusiones indebidas. Vencido el plazo legal para efectuar observaciones y resueltas las impugnaciones correspondientes, se confecciona el padrón definitivo, que constituye el instrumento oficial utilizado para la asignación de los electores conforme a la división territorial en distritos, secciones, circuitos y mesas.

En cuanto a la periodicidad de los comicios nacionales en la República Argentina, el calendario electoral prevé elecciones de carácter bianual. En los años presidenciales se celebran elecciones generales, en las que se eligen presidente y vicepresidente de la nación, así como los cargos legislativos que correspondan, mientras que en los años intermedios —denominados comúnmente elecciones de medio término— se renuevan exclusivamente cargos legislativos nacionales (según corresponda, diputados o senadores).

De conformidad con los artículos 53 y 54 del Código Electoral Nacional, la convocatoria a elecciones debe ser efectuada por el Poder Ejecutivo Nacional con una antelación mínima de noventa (90) días respecto de la fecha del comicio. Asimismo, la elección general se celebra el cuarto domingo de octubre inmediatamente anterior a la finalización de los mandatos que deban renovarse, conforme el cronograma constitucional y legal vigente.

II. 5. De los candidatos

Para postularse como candidato a una magistratura romana era necesario cumplir con una serie de requisitos legales y sociales. Entre ellos se exigía ser hombre, ciudadano romano, haber alcanzado la edad mínima requerida, estar correctamente inscrito en el censo y haber respetado el orden establecido en el *cursus honorum*, es decir, la secuencia jerárquica de cargos públicos que estructuraba la carrera política en Roma. Además, no se podía aspirar a una nueva magistratura mientras se estuviera ejerciendo otra.

La falta de alguno de estos requisitos implicaba la denegación de la inscripción por parte del magistrado competente, lo que obligaba a los aspirantes a ser sumamente cuidadosos en el cumplimiento de las exigencias normativas.

Durante el período electoral, los candidatos debían vestir la toga

candida, prenda blanqueada con yeso que permitía distinguirlos públicamente y de la cual deriva el término *candidato*.

El magistrado saliente desempeñaba un papel relevante en el proceso electoral, ya que era quien presentaba ante el pueblo reunido o ante la asamblea los nombres de los aspirantes y consultaba a los votantes acerca de cuáles reunían las cualidades necesarias para ser elegidos. Este procedimiento, sin embargo, podía generar dificultades, especialmente cuando el número de votantes era elevado.

Para ordenar el proceso y dotarlo de mayor transparencia, en el año 62 a. C. se introdujo la *professio*, una declaración formal de candidatura que debía ser presentada por el propio aspirante dentro del plazo fijado por el magistrado saliente.

Asimismo, la lista de candidatos elegibles debía publicarse con una antelación mínima de veinticuatro días respecto de la fecha de votación, garantizando así la publicidad del proceso y el conocimiento previo de los postulantes por parte del pueblo romano.

La Constitución argentina establece los requisitos sustanciales para la postulación a los cargos electivos nacionales. En lo que respecta al cargo de presidente de la nación, el artículo 89 dispone que se requiere haber nacido en el territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo, aunque se haya nacido en el extranjero. Asimismo, exige reunir las demás calidades requeridas para ser senador nacional, remitiendo al artículo 55 del texto constitucional. Este último establece como condiciones: tener treinta (30) años de edad, haber sido seis (6) años ciudadano de la nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente y ser natural de la provincia que lo elija o contar con dos (2) años de residencia inmediata en ella.

La remisión normativa efectuada por el artículo 89 debe interpretarse sistemáticamente. En primer lugar, el requisito de la ciudadanía queda absorbido por la exigencia específica de ser argentino nativo o hijo de nativo, lo que torna superada la referencia a los seis años de ciudadanía. En segundo término, el recaudo de la renta anual ha sido

considerado por la doctrina como una cláusula de carácter histórico que carece hoy de operatividad material. Finalmente, la exigencia de naturalidad o residencia provincial resulta inaplicable al cargo presidencial, dado que se trata de una magistratura de carácter nacional y no de representación distrital.

Por su parte, para ser diputado nacional, el artículo 48 de la Constitución establece como requisitos haber cumplido veinticinco (25) años de edad, contar con cuatro (4) años de ciudadanía en ejercicio y ser natural de la provincia que lo elija o tener en ella dos (2) años de residencia inmediata.

En el plano infraconstitucional, el Código Electoral Nacional regula los aspectos procedimentales vinculados con la oficialización de candidaturas y establece determinados impedimentos legales. Entre otras previsiones, dispone que las listas de candidatos deben presentarse dentro de los plazos fijados por el cronograma electoral —con una antelación aproximada de sesenta (60) días a la fecha del comicio— para su correspondiente oficialización judicial. Asimismo, las listas de candidatos a cargos legislativos nacionales deben respetar el principio de paridad de género, integrándose de manera intercalada entre mujeres y varones, mientras que la candidatura presidencial debe formalizarse mediante el sistema de fórmula, integrada por un candidato a presidente y otro a vicepresidente de la nación.

II. 6. Del día de la votación

El día de la votación en la Roma republicana comenzaba al alba, cuando la ciudad aún se hallaba en penumbra. Los ciudadanos se congregaban en espera del magistrado encargado de organizar y presidir la asamblea, quien debía supervisar el correcto desarrollo del proceso electoral.

En el *Saepta*, recinto sagrado destinado a los comicios, se realizaban previamente ceremonias religiosas de augurio para consultar

la voluntad de los dioses. Estas prácticas adivinatorias, efectuadas por los augures, podían consistir en la observación del vuelo de las aves (*auspicia ex avibus*) o en el examen de las vísceras de animales sacrificados (*auspicia ex tripudiis*). Si los presagios resultaban desfavorables, la elección se suspendía y se fijaba una nueva fecha en el mismo acto; en caso contrario, se procedía a convocar formalmente a la asamblea.

En los primeros siglos de la República, el sufragio se ejercía de manera oral: el votante manifestaba su opinión ante los *rogatores*, ciudadanos distinguidos —generalmente senadores— encargados de registrar los votos mediante marcas o puntos sobre tablillas o tableros especiales.

Con el tiempo, este sistema fue reemplazado por el voto escrito y secreto, introducido para garantizar mayor libertad y autonomía en la expresión de la voluntad popular, carácter que acompaña aún hoy al deber civil.

El proceso electoral debía celebrarse únicamente en los días comiciales (*dies comitiales*), excluyendo los días fastos y nefastos, destinados a actividades religiosas o de otra índole.

Algunas elecciones podían extenderse por varias jornadas, lo habitual era que se desarrollaran en un período comprendido entre uno y tres días, según la magnitud y complejidad del comicio.

En el régimen vigente, la fecha del comicio es fijada por el Poder Ejecutivo Nacional conforme lo dispone el Código Electoral Nacional. El acto electoral se inicia a las 8:00 del día señalado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 83 del citado cuerpo normativo, previa constitución y apertura de cada mesa por su presidente, quien debe verificar la documentación, habilitar la urna y acondicionar el espacio destinado a la emisión del sufragio.

El elector solo puede votar en la mesa en la que figura inscripto en el padrón y debe acreditar su identidad mediante la exhibición del documento habilitante, conforme lo prevé el artículo 89 del Código Electoral Nacional. El presidente de mesa se encuentra

facultado para impugnar la identidad del votante cuando existan dudas razonables, debiendo dejar constancia de ello y sustanciar el procedimiento especial previsto al efecto.

En ausencia de impugnaciones, se entrega al elector la Boleta Única Papel debidamente firmada por la autoridad de mesa, tras lo cual el votante ingresa a la cabina de sufragio para efectuar su elección en forma secreta. Emitido el voto, la boleta es introducida en la urna y se extiende al elector la constancia de emisión del sufragio, conforme lo dispone el artículo 95 del CEN.

A las dieciocho (18) horas se procede a la clausura del comicio, permitiendo votar únicamente a quienes se encuentren dentro del establecimiento aguardando turno. Concluida la recepción de sufragios, la autoridad de mesa realiza el escrutinio, clasifica los votos, confecciona la documentación correspondiente, clausura la urna y remite las actas y telegramas al Correo Oficial, dando así por finalizado el acto electoral en esa mesa.

II. 7. De los delitos electorales

Esta institución no estuvo exenta de regulación en materia de delitos electorales. Si bien en sus orígenes carecía de una legislación específica, con el tiempo surgió la necesidad de controlar y sancionar conductas que desvirtuaban un acto de tanta trascendencia como la elección de los magistrados.

En un comienzo se consideró punible la práctica de abusar de los medios para obtener votos, siendo la compra de sufragios la forma más habitual. Estas conductas se comprendían dentro del delito conocido como *ambitus* o *ambitio*, que designaba la búsqueda ilícita y deshonesta de cargos públicos mediante el soborno o la manipulación del electorado. Además de la compra de votos, el *ambitus* podía manifestarse mediante agasajos, donaciones a los ciudadanos,

festejos públicos, séquitos electorales o pactos entre candidatos, todos considerados intentos de manipular el resultado electoral.

Con el desarrollo del sistema republicano, se dictaron diversas leyes represivas del *ambitus*, destinadas a mantener la pureza del proceso electoral y la moralidad pública.

Entre las principales normas que regularon esta materia se destacan: la *Lex Cornelia* de *ambitu* promulgada por Sila, que asignaba a un pretor la competencia para juzgar el delito; la *Lex Calpurnia*, que imponía penas pecuniarias y la expulsión del Senado; la *Lex Tullia*, que establecía el destierro de Roma e Italia por diez años (pena que luego se extendió a perpetuidad); y la *Lex Licinia*, que prohibió las asociaciones electorales (*sodalicia*). Finalmente, la *Lex Pompeia* intentó erradicar definitivamente el *ambitus*, aunque su aplicación coincidió con el ocaso de la República.

A pesar de las sanciones previstas, la legislación romana no consideró punible la cooperación de terceros ni el hecho de dejarse corromper, sino únicamente la conducta del propio candidato que incurría directamente en prácticas ilícitas.

El principal inconveniente de este delito residió en la benignidad de las penas, que en su mayoría fueron moderadas o de carácter pecuniario, por lo que su efecto disuasorio resultó limitado. Hubo, no obstante, períodos de mayor severidad: la *Lex Sullae* imponía la inhabilitación para ejercer cargos públicos durante diez años y la *Lex Calpurnia* añadía la expulsión del Senado, con la consiguiente incapacidad perpetua para ocupar magistraturas. Posteriormente, la *Lex Tullia* dispuso el extrañamiento de Roma e Italia por diez años, pena que más tarde se extendió a perpetuidad, hasta que el dictador Julio César permitió el retorno de los condenados por este delito.

Con la caída de la República, la competencia electoral perdió vigor y, con ella, el *ambitus* se fue extinguiendo paulatinamente, al desaparecer también el contexto político que lo hacía posible.

El Código Electoral Nacional contempla expresamente un régimen de ilícitos y sanciones destinado a tutelar la regularidad,

transparencia y libertad del proceso electoral en todas sus etapas. A tal efecto, el Título VI del citado cuerpo normativo regula las conductas que constituyen violaciones a la ley electoral, estableciendo las penas aplicables y el procedimiento correspondiente para su juzgamiento.

Dentro del catálogo de infracciones y delitos electorales se incluyen, entre otros, la portación de armas durante el acto comicial; la realización de actos de proselitismo o la exhibición de símbolos partidarios en período de veda; la difusión de propaganda electoral en medios de comunicación fuera de los plazos autorizados; la organización de espectáculos públicos o eventos que puedan afectar el normal desarrollo del comicio; el incumplimiento de los deberes por parte de autoridades y funcionarios electorales; la detención, demora u obstaculización del transporte de urnas y documentación electoral; la realización de juegos de azar prohibidos; la falsificación de documentos o formularios electorales; y la violación del secreto del voto.

Asimismo, el Código reprime conductas dolosas o maliciosas que alteren o intenten alterar la voluntad popular, reafirmando así el carácter protegido del sufragio como pilar esencial del sistema democrático.

III. Conclusión

El examen del sistema electoral romano permite advertir la complejidad institucional y social que caracterizó a la República romana.

Lejos de constituir un mecanismo de participación igualitaria, el sufragio en Roma se encontraba condicionado por factores de orden económico, censitario y logístico que limitaban su ejercicio efectivo a una porción reducida de la ciudadanía.

Su carácter eminentemente voluntario, la concentración del voto

en la ciudad de Roma y la preeminencia de las clases más acomodadas en los comicios revelan una estructura política que, aunque fundada en el principio formal de la soberanía popular, reproducía profundas desigualdades dentro del cuerpo cívico.

El desarrollo del proceso electoral —desde la convocatoria hasta la jornada de votación— evidenciaba la preocupación romana por dotar de solemnidad y legitimidad a la elección de los magistrados.

Sin embargo, la frecuente manipulación del voto mediante prácticas de *ambitus* y la posterior necesidad de legislar para reprimir estas conductas muestran cómo la corrupción electoral acompañó de manera constante la vida política republicana.

En definitiva, el estudio del sufragio en Roma pone de manifiesto la tensión entre los ideales republicanos de participación y la realidad oligárquica del sistema.

En la República Argentina, el sistema electoral se encuentra plenamente juridificado y constitucionalizado: el voto es universal, secreto y obligatorio; la organización territorial y registral del electorado responde a criterios objetivos; las candidaturas se rigen por requisitos expresamente establecidos en la Constitución y en la legislación infraconstitucional; y existe un régimen detallado de infracciones y delitos destinado a preservar la transparencia y legitimidad del proceso.

Pese a sus limitaciones, el proceso electoral romano sentó precedentes significativos en la configuración del derecho público occidental al institucionalizar principios como la representación, la publicidad de las candidaturas, la regulación de los comicios y la búsqueda —aún imperfecta— de transparencia en la elección de los gobernantes.

De este modo, la evolución desde los comicios romanos hasta el moderno sistema electoral argentino evidencia un proceso de progresiva ampliación de derechos políticos, institucionalización de garantías y fortalecimiento del principio democrático, en el cual el sufragio deja de ser una facultad condicionada por el estatus social

para convertirse en un deber cívico y en una manifestación esencial de la soberanía popular.

IV. Referencias

ARANGIO-RUIZ, V. (1973). *Instituciones de Derecho Romano*. Editorial Depalma.

ARGUELLO, L. (1987). *Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Astrea.

ASIMOV, I. (2011). *La República Romana*. Alianza.

BARRANCO AGUIRRE, R. (1996). *Lecciones de introducción al derecho II* Advocatus.

BECCARIA, C. (2005). *De los delitos y de las penas*. Editorial Libertadores.

BONFANTE, P. (1943). *Historial del Derecho Romano*. Vols. I y II. Revista de Derecho Privado.

CABANELLAS DE TORRES, G. (2000). *Diccionario jurídico universitario*. Vol. II. Heliasta.

CALDERA, R. (1996). *Derecho Romano, resúmenes*. Vol. I y II. Universidad de los Andes.

CICERÓN, M. T. (2000). *De res publica*. Gredos.

CÓDIGO ELECTORAL DE LA NACIÓN, Ley 19.945, Boletín oficial, 14 de Noviembre de 1972, Argentina.

CÓDIGO ELECTORAL DE LA NACIÓN, Ley 27.781, Boletín oficial, 1° de Octubre de 2024, Argentina.

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA, Boletín oficial, 15 de diciembre de 1994, Argentina.

CROISET, A. (1911). *Las democracias antiguas*. Librería Gutenberg de José Ruíz.

DEL CAMPO, S., MARSAL, J., & GARMENDIA, J. (1975). *Diccionario de Ciencias Sociales.* Instituto de Estudios Políticos.

DI PIETRO, A. (2001). *Derecho Privado Romano*. Depalma.

DIAKOV, V. (1966). *Historia de Roma.* Grijalbo.

DÍAZ BAUTISTA, A. (1983). *La República Romana.* Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia.

FERRERO, G. (1946). *Grandeza y decadencia de Roma*. Vol. I. Ediciones Siglo Veinte.

FRANK, T. (1971). *Vida y literatura en la República Romana.* Eudeba.

FUSTEL DE COULANGES, N. (1998). *La ciudad antigua*. Ciudad Argentina.

GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Vol. I a VI. Jaime Molinas.

GHIRARDI, J. C., & ALBA CRESPO, J. J. (2015). *Manual de Derecho Romano*. Eudecor.

GRIMAL, P. (1965). *La civilización romana*. Juventud.

LEY DE CIUDADANÍA ARGENTINA, Ley 26.774, Boletín Oficial, 31 de Octubre de 2012, Argentina.

LEY DE CIUDADANÍA, Ley 346, Boletín Oficial, 1° de Octubre de 1879, Argentina.

LEY DE DERECHOS POLÍTICOS DE LA MUJER, Ley 13.010, Boletín Oficial, 9 de septiembre de 1947, Argentina.

LEY SÁENZ PEÑA, Ley 8871, Boletín Oficial, 10 de febrero de 1912, Argentina.

LOUZAN DE SOLIMANO, N. (1979). *Curso de historia e instituciones del Derecho Romano.* Editorial de Belgrano.

MACKELNDEY, F. (1847). *Manual de Derecho Romano, que comprende la teoría de la Instituta precedida de una introducción al estudio de este derecho*. Traducido por don Eduardo Gómez Santa María. Imprenta de Don José María Alonso.

MAYR, R. Von (1926). *Historia del Derecho Romano.* Vols. I y II. Labor.

MOJER, M. (1994). *La Ley de las Doce Tablas.* Universidad Nacional de La Plata.

MOMMSEN, T. (1999). *Derecho penal romano".* Temis.

MOMMSEN, T. (2010). *Compendio del Derecho Público Romano*. La España Moderna.

ORTOLÁN, M. (1847). *Instituciones de Justiniano*. Mesa Redonda.

ORTOLAN, M. (1848). *De las instituciones del Emperador Justiniano*. Vol. I. Traducción de Francisco Pérez de Anaya. Librería de D. Leocadio López.

PETIT, E. (1919). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Vols. I y II. Traducción de lo Dres. Blousson, Thedy y Sáenz. Valerio Abeledo Editor.

La prohibición del pacto comisorio y la adquisición del bien a un precio justo en el derecho romano justinianeo

Harnold Leo Mendoza Vilcanqui[716]

Resumen

La presente investigación fue elaborada con el fin de examinar la aparente contradicción que existe en el *Corpus Iuris Civilis* entre dos normas fundamentales: la prohibición del pacto comisorio establecida en la constitución imperial C. 8. 34. 3 (según la doctrina, abolido por el emperador Constantino por distintas razones, entre ellas el carácter abusivo de la cláusula) y la validez reconocida al denominado pacto marciano en el fragmento D. 20. 1. 16. 9, que básicamente permite al acreedor pignoraticio adquirir en propiedad el bien pignorado siempre que pague un justo precio.

[716] Bachiller en Derecho por la Universidad Continental. Maestrando en Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

Utilizando el método histórico y dogmático, se analizaron las fuentes jurídicas romanas (específicamente el *Corpus Iuris Civilis)* y la doctrina especializada para demostrar que la prohibición mencionada en el párrafo anterior no se extiende al denominado pacto marciano, ya que esta figura constituye una variante atenuada del pacto comisorio. En el pacto marciano, la exigencia de una valoración objetiva del bien y la devolución del excedente (*superfluum*) al deudor impide abusos por parte del acreedor y actuaciones inmorales del mismo.

El estudio realizado sostiene que existen diferencias claras entre el pacto comisorio en su variante más pura y el pacto marciano, por tal razón no pueden considerarse iguales al aplicarse en el *pignus conventum.* En ese sentido, la constitución imperial recogida en C. 8. 34. 3 no aplica al caso donde el acreedor pignoraticio adquiere la cosa pignorada pagando un justo precio, puesto que el fragmento D. 20. 1. 16. 9 no vulnera los fines que motivaron la abolición de la *lex comissoria.*

Comprender la distinción entre ambas normas resulta relevante para tener claro los límites históricos a la ejecución pignoraticia y reconocer cómo el derecho romano justinianeo sentó las bases del sistema de garantías peruano. Por todo ello, el estudio del pacto marciano y el pacto comisorio (en su estado puro) permite abordar los debates que aún se encuentran vigentes sobre la permisibilidad de incorporar una cláusula comisoria a los contratos accesorios de garantía.

Palabras clave: pacto comisorio; pacto marciano; *pignus conventum*

I. Introducción

Dentro del *Corpus Iuris Civilis* existen algunas contradicciones que deben ser analizadas por ser relevantes para el derecho actual.

Al revisar con detenimiento el Digesto y el Código del *Corpus Iuris Civilis*, se encontró una aparente contradicción entre la prohibición expresa en C. 8. 34. 3 y lo dispuesto en el fragmento D. 20. 1. 16. 9.[717] Investigar ambos supuestos es pertinente no solo porque existen varios autores que abordan el *pignus* y la *lex commissoria* en el derecho romano, sino también porque permite considerar la posibilidad de incorporar la figura del fragmento D. 20. 1. 16. 9, conocido como pacto marciano en la actualidad.

En ese sentido, el objetivo del presente artículo es reforzar la postura doctrinal que sostiene que la prohibición del pacto comisorio, tal como se ha establecido en la constitución imperial C. 8. 34. 3, no resulta aplicable al denominado pacto marciano. Además, se analizará el alcance de la prohibición y su finalidad, puesto que de tener claro los supuestos mencionados permite que se aborde con mayor precisión el problema planteado más adelante.

A partir de la aparente contradicción, surge el siguiente problema de investigación: ¿la prohibición del pacto comisorio (C. 8. 34. 3) no resulta aplicable cuando el acreedor adquiere el bien hipotecado pagando un precio justo? Tal pregunta adquiere importancia si se tiene en cuenta que, dentro del desarrollo del derecho romano justinianeo, el pacto comisorio fue entendido en dos variantes. Una en su estado puro, que básicamente consistía en la adjudicación directa del bien sin ninguna estimación de su valor, y si en caso de que el bien sea mayor al valor de la deuda, el acreedor *pignoratario* no tenía obligación de devolver el excedente. Y la otra en su estado atenuado, conocida como el "pacto marciano", que requería que se determine un precio justo al momento de la adjudicación del bien pignorado a favor del acreedor pignoratario, y contemplaba la posibilidad de devolver el excedente al deudor *pignorante.*

---

[717] GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889-1898). *Cuerpo del derecho civil romano a doble texto traducido al castellano del latino.* I-IV. Jaime Molinas.

En ese sentido, la hipótesis que se sostiene en este artículo de investigación es la siguiente: la prohibición de la *lex commissoria* no resulta aplicable para los casos donde el acreedor adquiere el bien hipotecado, a título de propietario, mediante el pago de un justo precio, puesto que en D. 20. 1. 16. 9 se establece de manera expresa que debe existir un justo precio para que el acreedor adquiera la cosa por derecho de comprador y en C.8.34.3 se abolió la *lex comissoria* sin justo precio. En consecuencia, se estaría cumpliendo con la exigencia de equilibrio patrimonial y protección al deudor *pignorante* que, según la doctrina, era considerado como la parte más débil de la relación crediticia.

II. El *pignus conventum* en el derecho romano justinianeo

Antes de comenzar con el análisis del pacto comisorio en el derecho romano justinianeo, es menester definir la prenda y la hipoteca, puesto que mediante estas figuras jurídicas se otorgaban una o más cosas propias o de un tercero con el fin de garantizar una obligación principal. En ese sentido, eran considerados como derechos reales de garantía, por lo que es claro que dependían de una relación obligacional principal, por ende, debe existir un acreedor y un deudor (en algunas ocasiones un tercero). Además, se desarrollarán las vías de constitución de la hipoteca, los pactos para mejorar la posición del acreedor pignoratario y la extinción de la hipoteca.

II. 1. La definición del pignus conventum

En el derecho romano la prenda era conocida como el *pignus,*

por ello principalmente abordaremos sus tipos, las definiciones y sus formas de perfeccionamiento.

En el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano existe cierta cantidad de fragmentos, párrafos y constituciones imperiales que nos permiten distinguir dos modalidades de *pignus* (D. 13. 7. 1). Por un lado, el *pignus datum*, mediante el cual el deudor o un tercero dejaba en prenda una cosa a favor del acreedor, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación principal del deudor, generalmente un préstamo dinerario (I. 3. 14. 4). En ese sentido, el perfeccionamiento del *pignus datum* consistía en la entrega de la posesión del acreedor sobre la cosa pignorada. Está postura es sostenida por Guzmán Brito (1997), quien afirma que el denominado *pignus datum* se perfecciona cuando se entrega la cosa, es decir, debe existir un desplazamiento de la tenencia de la cosa, todo ello con la finalidad de garantizar la obligación o crédito del deudor. Tal tenencia de la posesión era denominada *possessio naturalis*.[718]

Por otro lado, el *Corpus Iuris Civilis* también nos permite identificar otro derecho real de garantía: el *pignus conventum* o hipoteca (D. 13. 7. 1; D. 20. 1. 5; D. 13. 7. 9. 2). La doctrina autorizada afirma que este tipo de *pignus* se desarrolló durante el siglo III a. C y es posible que tenga sus orígenes en el arrendamiento de fundos rústicos, dónde los arrendatarios para garantizar el pago de la renta dejaban en *pignus conventum* las herramientas y animales con los que labraban la tierra.[719] Es evidente que las cosas mencionadas no eran entregadas al arrendador, puesto que el arrendatario las necesitaba por ser sus instrumentos de explotación de la tierra. En ese sentido, recién cuando había un atraso en el pago de la renta, el arrendador tenía el derecho a que se le entreguen las cosas para que las venda y de esa forma saldar la renta no pagada por el arrendatario.

---

[718] GUZMÁN BRITO, A. (1997). *Derecho privado romano* (p.106). Editorial Jurídica.

[719] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2008). *Derecho privado romano* (p. 654). Iustel.

Este tipo de *pignus* también se extendió a los frutos del fundo arrendado. Concretamente, en D. 19. 2. 53 se establece que los frutos de los predios arrendados quedan en prenda, claramente con la finalidad de garantizar el cumplimiento del pago de la renta. Algo similar se aprecia en D. 19. 2. 24. 1, donde se establece que cuando un colono (primer arrendatario) da en arrendamiento el fundo a un segundo arrendatario, este último no queda obligado al arrendador, pero cualquier fruto producido en el fundo queda en la condición de prenda, como si el arrendatario primigenio lo hubiese percibido.

Además del arrendamiento de fundos rústicos, en el derecho romano también existía el arrendamiento de inmuebles urbanos, y en estos casos, el *pignus* recaía sobre las cosas introducidas en el bien inmueble (D. 2. 14. 4. pr). Es claro que se hace referencia a los muebles y demás enseres personales del arrendatario. Asimismo, en D. 20. 2. 2 se establece que en aquel caso donde el inquilino deteriore la habitación que le fue arrendada quedaran obligadas todas las cosas llevadas e introducidas en el inmueble.

Ahora bien, continuando con el *pignus conventum*, que también era conocido como *hypotheca,* palabra griega que representaba la prenda por la mera convención, se ha mencionado en párrafos previos que recaía sobre la cosa, por ende, abarcaba no solo los bienes inmuebles, sino también los muebles (D. 20. 1 .5). Entonces, el perfeccionamiento del *pignus datum*, así recaiga sobre un bien mueble, ocurría con el mero convenio entre las partes (*nuda conventio* o *conventio pignoris*). Es decir, el deudor adquiría una obligación principal, y con la finalidad de garantizar el cumplimiento otorgaba en *pignus conventum* sus bienes muebles o inmuebles propios o de terceros a favor del acreedor (D. 20. 1. 34. 1), pero por la mera convención sin la necesidad de que se traslade la posesión de la cosa a manos del acreedor.

Debemos dejar claro que el *pignus conventum* (como también el *pignus datum*) era una figura accesoria por su función de garantizar una obligación que puede ser de cualquier clase. De forma general

sobre el *pignus,* sin diferenciar la modalidad, en D. 13. 7. 9. 1 se establece que se puede dar en prenda por cualquier causa y no solamente por una cantidad. Asimismo, sobre el *pignus conventum* se establece que se puede dar una cosa por cualquier obligación distinta al mutuo, por lo tanto puede ser cualquier clase de obligación de dar, hacer o no hacer, incluso actual o futura (D. 20. 1. 5. pr).

Hasta el momento, podemos inferir la definición del *pignus conventum*. No obstante, considero menester citar la doctrina autorizada para un mejor entender sobre la modalidad de *pignus* mencionada. En ese sentido, Fernández de Buján (2008) afirma que la hipoteca o *pignus conventum* era aquel acuerdo celebrado por los sujetos que conforman un relación obligatoria, por medio del cual el sujeto deudor garantizaba el cumplimiento de una obligación con un bien que podía ser de su propiedad o de un tercero, siempre que tenga el consentimiento del propietario, sin la necesidad del traslado de la posesión al acreedor, pero sí el compromiso de entregarle la cosa en caso de que no se cumpla la obligación garantizada.[720]

Siguiendo la línea, es necesario adentrarnos a los fragmentos del *Corpus Iuris Civilis*, puesto que dentro de éste podemos encontrar la modalidad del *pignus conventum* de forma expresa. Es así que, de manera general, encontramos en D. 13. 7. 1 el contrato de prenda celebrado por la mera convención entre el acreedor y deudor. Más adelante, en D. 13. 7. 9. 2, se establece la posibilidad de celebrar un contrato de garantía por la mera convención entre el acreedor y deudor. En el fragmento mencionado se diferencia al *pignus datum*, que es la prenda con la entrega del bien que se le denomina prenda en estricto y al contrato de prenda sin la necesidad de trasladar la posesión al acreedor, la que, según el fragmento, se denomina hipoteca. Asimismo, es menester indicar que, en el derecho romano, el *pignus conventum* no solo se podía dar sobre cosas corporales, sino

[720] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 442.

también incorporales, como el derecho de usufructo, servidumbre, crédito, entre otros.[721]

Como se puede apreciar, en algunos casos, la modalidad de *pignus* por la mera convención entre deudor pignorante y acreedor pignoratario es denominado *pignus conventum*, mientras que en otros se le denomina hipoteca. Por ese motivo, en los párrafos posteriores solo será utilizado el termino de hipoteca, que proviene de *hypotheca*. El término está compuesto por las palabras *"hypo"*, que significa "bajo", y "*theca*", que se utiliza para darle significado a un conjunto de objetos. Entonces, con el conjunto de las palabras se busca hacer referencia al objeto que se encuentra bajo otro sujeto a cumplimiento.[722]

II. 2. Vías de constitución de la hipoteca

De manera general, se puede afirmar que la hipoteca se podía constituir por el acuerdo entre el acreedor y el deudor o, en algunos casos, de un tercero con el acreedor. No obstante, también existían otras vías distintas de constitución: por disposición de la autoridad judicial, por disposición testamentaria, de forma tácita, o por imperativo de la ley.[723] Todas estas vías serán desarrolladas a continuación.

La hipoteca era constituida por disposición de la autoridad judicial cuando un magistrado emita sentencia a favor del acreedor, así se puede apreciar en D. 20. 1. 16. 5. El caso de la constitución

[721] CARRASCO GARCÍA, M. C. (2024). *¿Cancel culture* de los clásicos? Un ejemplo para la reflexión: *pignus* como término jurídico y como metáfora. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (46), 38. https://doi.org/10.4151/ISSN.07176260-Num.46-Fulltext.1317 .

[722] DEL VALLE FLORES, M. (2022). *Evolución del* pignus *desde el derecho romano a la actualidad* [Tesis de maestría, Universidad de Alcalá].

[723] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit*., p. 442.

por disposición testamentaria aparece en la constitución imperial establecido en C. 6. 43. 1, mediante el cual se le dio licitud al testamento que dejaba bienes hipotecados. Por otro lado, tenemos a la constitución de la hipoteca tácita (D. 20. 2. 4; D. 20. 2. 7), que básicamente tiene que ver con la actitud inequívoca del que la constituye. Esta vía de constitución fue abordada en párrafos anteriores, cuando se mencionó la constitución de la hipoteca sobre los frutos de los fundos rústicos arrendados o sobre los muebles y enseres básicos del arrendatario que no pagó la renta. Si bien las vías de constitución mencionadas no son complejas, existían otras que sí merecen mayor desarrollo.

El supuesto de la constitución por imperativo de la ley se da a partir de lo que se establece en los fragmentos del *Corpus Iuris Civilis*, sin la necesidad de que exista una convención de por medio entre el acreedor y el deudor. Esta vía de constitución tiene dos clasificaciones: la hipoteca legal de clasificación general y la hipoteca legal de clasificación especial. La primera afecta el conjunto del patrimonio del deudor y la segunda grava bienes determinados. En el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano podemos fácilmente identificar la clasificación mencionada. Por ejemplo, en D. 46. 1. 68 se establece la preferencia del fisco para cobrar su crédito frente a la hipoteca constituida con anterioridad a favor de cualquier particular. Incluso, el fisco tenía preferencia sobre los bienes del deudor que son adquiridos después de haber contratado con éste (D. 49. 14. 28). En ese sentido, se observa que el fisco podía ejecutar el crédito que tenía a su favor sobre cualquier cosa que forma parte del patrimonio del deudor, incluso sobre las cosas futuras. El ejemplo de *pignus* a favor del fisco también es utilizado para hacer referencia al carácter público que tenía en el derecho romano.[724] Por otro lado, un ejemplo de

[724] CARRASCO GARCÍA, M. C. (2024). Pignoris *loco: metáfora y símil al servicio de la argumentación jurídica* (p. 84). Dykinson.

hipoteca legal especial se puede ver en aquel caso donde el acreedor que prestó para la reparación de un edificio tenía un privilegio del cobro, es así que se afectaba el propio edificio que se buscaba reparar (D. 12. 1. 25). En este último caso, la hipoteca recae sobre un bien específico del deudor y no sobre la masa patrimonial del deudor.

II. 3. Pactos para mejorar la posición del acreedor pignoratario

Anteriormente, se ha mencionado que la hipoteca podía celebrarse accesoriamente para garantizar cualquier obligación de dar, hacer o no hacer (obligación principal). No obstante, para el presente trabajo se tomará en cuenta solo la obligación de dar, específicamente el mutuo. En ese sentido, las partes que celebran un contrato de mutuo lo hacen con la finalidad de recibir un beneficio a cambio: el acreedor busca una retribución por el préstamo otorgado y el deudor busca obtener el crédito a su favor para que lo pueda utilizar en lo que crea conveniente.

Existen instituciones para garantizar el cumplimiento de la obligación principal. La hipoteca es una de ellas, por ello, cuando se quiere garantizar la obligación principal, las partes pueden celebrar un contrato de hipoteca de manera accesoria. Mediante este contrato, la posición del acreedor, quien en adelante será denominado acreedor *pignoratario*, se ve mejorada, puesto que no tendrá mayor preocupación que accionar la ejecución de la cosa hipotecada en caso de incumplimiento del deudor, quien en adelante será denominado deudor *pignorante*. No obstante, en el derecho romano Justinianeo existían otras maneras de mejorar la posición del acreedor pignoratario, con pactos expresos celebrados entre el deudor pignorante y el acreedor pignoratario.

1) En primer lugar, tenemos al *pactum de distrahendo* o *pactum de vendendo.* El acuerdo puede ser traducido como el pacto de

vender, que consiste en otorgarle facultades al acreedor pignoratario para que pueda vender la cosa, siempre que el deudor pignorante deje de pagar la deuda que se encuentra estipulada en el contrato principal. Dejando claro que la facultad de vender que tiene el acreedor pignoratario es porque en realidad se considera que el deudor pignorante posee la cosa en calidad de precario (C.8.28.2). El acreedor pignoratario no es el dueño de la cosa pignorada, por lo que debe seguir un procedimiento para su venta. Según D. 8. 28. 4, éste está obligado a notificar su decisión de vender la cosa hipotecada. Una vez efectivizada la venta de la cosa, en caso de que exista un excedente sobre la cantidad prestada por el acreedor *pignoratario*, debe ser restituido al deudor *pignorante*, lo que es denominado como *superfluum* o *hyperocha* (D. 20. 4. 20). Asimismo, en caso de que la cosa vendida no sea suficiente para pagar la deuda, el acreedor pignoratario conserva su derecho de accionar contra el deudor pignorante para exigirle el restante. No obstante, también es posible que la cosa no sea vendida, en tal caso, después de un año y realizados los avisos de manera pública, el acreedor pignoratario podía solicitar la adjudicación de la cosa en dominio. Para ello, en C. 8. 34. 1 se establece que se debe expresar el nombre de los deudores que dejaron de pagar la deuda.

2) En segundo lugar, tenemos a *la lex commissoria.* El pacto de venta realizado entre el deudor pignorante y acreedor pignoratario se diferencia de la *lex commisoria*, porque este último pacto es el acuerdo para que el acreedor pignoratario se haga dueño directamente de la cosa hipotecada. En ese sentido, si se vende la cosa de manera posterior, el deudor pignorante no estará obligado en devolver el *superfluum* o *hyperocha*.[725]

[725] GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, p. 650.

3) Finalmente, tenemos el pacto sobre el aprovechamiento de los frutos naturales o civiles de la cosa. En el caso de que se realice este pacto, el acreedor *pignoratario*, en principio, tendrá el derecho de cobrar los intereses del préstamo mediante los frutos naturales o civiles (D. 20. 1. 1. 3), también podrá ser imputado al capital, siempre que se restituya el excedente al deudor pignorante, así se establece en la constitución imperial C. 4. 24. 1.

II. 4. La extinción de la hipoteca

La hipoteca se extingue cuando se cumple la obligación principal. No obstante, existen otras causas de extinción que serán desarrolladas a continuación:

1) En párrafos previos se ha identificado al mutuo como obligación principal y a la hipoteca como un contrato accesorio. En ese sentido, el cumplimiento íntegro de la obligación principal (cuando se paga el íntegro del débito del deudor) extingue la hipoteca, también, por los modos civiles o pretorios de extinción o cuando el acreedor incurre en mora de recibir el pago de la deuda. Todo ello por el mismo hecho del carácter accesorio de la hipoteca (D. 20. 6. 6. pr).

2) El deudor pignorante puede proponer caucionar el cumplimiento de la obligación principal con otro modo de garantía, por ejemplo, puede ofrecer una fianza a favor del acreedor, o incluso con *pignorar* otra cosa. En caso de que el acreedor pignoratario admita el afianzamiento se dará por extinguida la hipoteca que recaía sobre la cosa (D. 20. 6. 6. 1).

3) En algunos casos el acreedor pignoratario puede libremente pactar con el deudor pignorante que no se dé la cosa hipotecada, por lo tanto, nos encontramos frente a un caso de renuncia de la hipoteca mediante acuerdo (D. 20. 6. 8. 1).

4) La hipoteca puede extinguirse por la decisión del acreedor pignoratorio: 1) él tiene la potestad de consentir al deudor pignorante desprenderse de la cosa mediante la permuta, donación, etc., sin reservarse su derecho (D. 20. 6. 4. 1); 2) también, puede restituir la cosa al deudor pignorante (D. 13. 7. 3); y 3) puede realizar un legado a favor del deudor *pignorante*, a pesar de que la cosa le pertenezca a él mismo (D. 34. 3. 1. 1).

5) En el derecho romano justinianeo no es posible dejar en prenda a sí mismo. Por lo tanto, cuando el acreedor pignoratario obtiene la calidad de dueño de la cosa pignorada se extingue la hipoteca sobre la cosa (D. 13. 7. 29).

6) Es claro que las cosas son pasibles de ser destruidas, por ende, en caso de que una cosa otorgada en hipoteca sea destruida tendrá como consecuencia la extinción de ésta, como bien se aprecia en D. 20. 6. 8.pr.

Las causas abordadas en el presente apartado cubren una parte de lo que se estableció en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano sobre la extinción de la hipoteca. No obstante, existen otras causas que no fueron abordadas, puesto que no son relevantes para el presente trabajo. Además, es menester mencionar que una vez ejecutados los pactos desarrollados en el punto 3 del apartado II se extingue la hipoteca sobre la cosa.

III. El pacto comisorio en el derecho romano justinianeo

El presente apartado está enfocado en el desarrollo del pacto comisorio en el derecho romano justinianeo. Para ello, se comenzará con las generalidades del pacto comisorio, diferenciándolo en la hipoteca y en la compraventa. Asimismo, se analizará su aplicación como mecanismo de adjudicación directa en los contratos accesorios de hipoteca, lo que se ha identificado como el pacto comisorio en su estado puro. Finalmente, se analizará el supuesto particular del fragmento D. 20. 1. 16. 9, donde se permite la adquisición del bien por el acreedor solo si se paga un justo precio, figura conocida por la doctrina actual como el pacto marciano.

III. 1. Sobre el pacto comisorio

El pacto comisorio en el derecho romano justinianeo se utilizaba para los contratos de compraventa y los contratos accesorios de garantía. Sobre los contratos de compraventa, el término lo podemos encontrar en distintos fragmentos. En ese sentido, como se puede apreciar en D. 18. 3. 1, se establece que la compraventa se disuelve bajo condición cuando en ésta se incorpora el pacto de la ley comisoria. Asimismo, en D. 18. 3. 2, en referencia a la venta de fundos, se establece que las partes pueden pactar que, en el caso donde el comprador no cumpla con pagar la totalidad del monto acordado para la venta del bien, quedará como no comprado el fundo. En ese sentido, de ambos fragmentos se puede inferir que se trata de un pacto que busca la resolución del contrato en caso de incumplimiento del pago total del precio del inmueble por parte del comprador (cláusula resolutoria). En el mismo sentido, algunos autores mencionan que el pacto comisorio es una cláusula que se puede incorporar a los contratos de compraventa mediante el cual el

vendedor puede considerar como no celebrado el contrato, porque no se habría pagado la totalidad del precio de la venta en el plazo establecido por las partes.[726]

Por otro lado, el pacto comisorio para los contratos accesorios de garantía se encuentra en algunos fragmentos y constituciones imperiales del *Corpus Iuris Civilis*. Uno de los fragmentos más citado por la doctrina actual es el D. 20. 1. 16. 9, mediante el cual el acreedor pignoratario puede poseer la cosa por derecho de comprador, siempre que se pague un justo precio a favor del deudor pignorante. Asimismo, cuando se hace referencia a la abolición del pacto comisorio comúnmente se suele citar a la constitución imperial emitida por Constantino. En C. 8. 34. 3 se encuentra de manera expresa que la ley comisoria para los contratos de prenda queda abolida, prohibiendo cualquier caso futuro de pacto comisorio convenido entre el deudor pignorante y acreedor pignoratario. El pacto comisorio desarrollado en este párrafo es el que interesa para el análisis del presente trabajo.

En síntesis, el pacto comisorio en la compraventa funciona como una cláusula resolutoria en casos de incumplimiento por la parte compradora. Además, la cláusula incorporada le permite al vendedor, una vez resuelto el contrato, hacer suyo el pago total o parcial del pago realizado por el comprador. Es decir, el monto se convierte en una indemnización a favor del vendedor por el incumplimiento del comprador. Por este motivo es que existe una confusión al momento de referirse al pacto comisorio en el *pignus* y al pacto comisorio en la compraventa, puesto que en ambos casos la consecuencia del incumplimiento de una parte implica la adquisición del bien

[726] COSTA A., ACOSTA P., MICELI M., & NUÑEZ, L. (2023). Contratos romanos modernos: la consensualidad en la compraventa y *pacta sunt servanda.* En M. ÁLVAREZ (Comp.). *Estudio sobre Principios Generales y Derecho Romano* (p. 235). Vol. 2. Editorial de la Universidad de Flores

otorgado a la otra parte. Generalmente es el acreedor en el *pignus* quien adquiere un bien del deudor *pignorante* y el vendedor en la compraventa quien adquiere el bien dinerario del comprador.

III. 2. El pacto comisorio como adjudicación directa a favor del acreedor en la hipoteca

Los términos utilizados en el derecho romano eran polisémicos. Uno de los muchos casos es el término *lex*, puesto que en el derecho romano justinianeo mediante esa palabra se hace referencia a muchos significados, por ejemplo, podría traducirse directamente como "ley". No obstante, en algunos casos también era utilizado para hacer referencia a la cláusula. Este último significado es relevante para el presente artículo, puesto que Fernández de Buján (1997) hace referencia al pacto comisorio como la *lex commissoria*, y sobre éste refiere que en virtud del mencionado acuerdo las partes que celebraron el contrato convienen que cuando el deudor incurra en mora, el acreedor pignoratario adquirirá la propiedad de la cosa dada en prenda. En ese sentido, si posteriormente la cosa es vendida por decisión del acreedor pignoratario no estará obligado a devolver el denominado *superfluum* o *hyperocha*.[727] Según lo afirmado por el autor podemos inferir que el pacto comisorio era la convención privada realizada entre un deudor y un acreedor. De ese modo, el término era utilizado dentro de los contratos de garantía o el denominado *pignus* en el derecho romano justinianeo. Como se ha desarrollado en párrafos previos, el acreedor era conocido como el pignoratario y el deudor como pignorante; consecuentemente, el bien era conocido como la cosa pignorada. Además, se entiende que mediante el pacto convenido el acreedor pignoratario podía adquirir

[727] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 650.

la cosa pignorada en calidad de dueño, siempre que el deudor pignorante incurra en mora. De esta forma, una vez adquirido el bien, el acreedor pignoratario tenía derechos de propietario sobre el bien. Por tal motivo, podía venderlo, y el monto adquirido, así sea mayor a la cantidad prestada, no tenía por qué devolver el excedente. Como se puede apreciar, de esa forma la garantía otorgada por el deudor pignorante está siendo ejecutada por el incumplimiento, en ese sentido, se extingue la obligación garantizada, tal como se señaló en el punto 4 del apartado II del presente artículo.

Algunos autores plantean la existencia del pacto comisorio en su estado puro y en su estado atenuado. El primer caso se trata de la adjudicación de la propiedad, del bien dejado en garantía, de manera directa a favor del acreedor por el valor del préstamo, es decir, sin la necesidad de estimar un precio.[728] Como se puede apreciar, el pacto comisorio en su estado puro sigue la línea planteada por Fernández de Buján (1997), puesto que el autor plantea la adquisición de la propiedad sin estimar algún precio del bien pignorado. En concordancia con las definiciones citadas se encuentra lo planteado por León Moreno (2016), quien manifiesta que la *lex commissoria*, que ha estado en vigor desde los inicios del derecho romano, daba una garantía al acreedor prendario, que le permitía adquirir la propiedad del bien si el deudor no cumplía con su obligación.[729] Este poder podía ejercerse directamente y de manera inmediata o a través de un mecanismo procesal y se basaba en el impago de la deuda garantizada. La afirmación realizada es sobre la existencia del pacto comisorio en el derecho romano. Algo que resalta en la definición planteada es que la ejecución de la garantía podía ser de manera inmediata o por un mecanismo

[728] CALISAYA MÁRQUEZ, A. (2016). Pacto comisorio en la Ley de Garantía Mobiliaria y la necesidad de su reemplazo por el pacto marciano. *Actualidad Jurídica,* (269), 60.

[729] LEÓN MORENO, C. A. (2016). El pago directo por parte del acreedor garantizado: fundamentos de la transmisión de la propiedad. *Revista de Derecho Privado,* (56), 15.

procesal, pero no menciona que al momento de la adjudicación de la propiedad a favor del acreedor tiene que haber un precio, menos que se tiene que devolver el *superfluum* a favor del deudor pignorante, por lo que se entiende que para el autor el pacto comisorio es la adjudicación directa sin estimación del precio del bien pignorado. Además, se debe dejar en claro que utiliza el término *lex commissoria.*

Siguiendo esta línea, desde hace muchos años existe una discusión respecto a la eliminación de la prohibición del pacto comisorio en algunos sistemas jurídicos. Por ello, los doctrinarios también desarrollan la definición del pacto comisorio según una perspectiva más actualizada. No tengo intenciones de reflexionar sobre cada una de las definiciones realizadas por los autores, no obstante, considero que mencionar algunas de tales definiciones es importante, puesto que se dan de acuerdo a lo que han incorporado los ordenamientos jurídicos. Rodríguez-Rosado Martínez-Echevarría (2017) afirma que el pacto comisorio es un acuerdo entre el acreedor y deudor, mediante el cual el primero tiene la potestad de adquirir la garantía dejada por el deudor de manera irrevocable, siempre que haya vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación, una vez que el acuerdo sea ejecutado se da por satisfecho el crédito del acreedor.[730] Por otro lado, también se afirma que el pacto comisorio más allá de ser conocido como la adjudicación directa del bien a favor del acreedor se trata de un instrumento que puede ser utilizado por el acreedor al momento de la ejecución de la garantía.[731]

---

[730] RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, B. (2017). La transmisión de propiedad en garantía en Alemania y los problemas para su aceptación en el derecho español. *Revista de Derecho Civil*, *4*(3), 73. https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/271

[731] URTEAGA BARBARÁN, J. S. N. O. (2021). *Regulación uniforme del pacto comisorio en las garantías en general* (Tesis de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo).

Algo que no podemos dejar de lado es que la expresión *lex commissoria* solía aludir al contrato de compraventa y a los derechos reales de garantía. En el primer caso se incorporaba como una cláusula resolutoria, mientras que en el segundo era incorporada como el pacto comisorio en estricto. En ese sentido, considero necesario citar a Bustos Pueche (1990), quien define al pacto comisorio como una cláusula que se incorpora al contrato accesorio de garantía, mediante la cual se le faculta al acreedor a quedarse con el bien dejado en garantía de manera directa e inmediata o a través de un procedimiento de ejecución privada, siempre que el deudor haya incumplido con la obligación principal en el plazo previsto.[732] Brevemente se pueden distinguir algunas diferencias respecto a las definiciones citadas previamente. En este segundo caso el autor si bien considera que el pacto comisorio se trata de la adjudicación directa a favor del acreedor, porque menciona la facultad de hacer suya que le otorga el pacto, es menester indicar que se diferencia de las otras definiciones porque el pacto comisorio también es la facultad otorgada al acreedor para ejecutar la garantía mediante un procedimiento privado, y menciona que se trata del incumplimiento de una obligación principal. En ese sentido, podemos inferir que como existe una obligación principal incumplida, el contrato de garantía sería accesorio al principal.

Hasta el momento hay algunos conceptos utilizados para definir el pacto comisorio en estado puro, puesto que se le denomina de esa forma cuando existe una adjudicación directa sin estimar un precio del bien dejado en garantía. El pacto comisorio en su estado atenuado lo desarrollaré en el punto 3 del apartado III del presente trabajo, pues hay diferencias notables que merecen ser tratadas

[732] BUSTOS PUECHE, J. E. (1990). Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio. *Anuario de Derecho Civil, 43*(2), 539-572. https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/5645

de manera independiente. No obstante, continuando con el pacto comisorio en el derecho romano, nos deberíamos preguntar cuáles fueron las razones de su prohibición. Este interrogante será respondido a continuación.

Existen algunos fundamentos por las cuales se cree que se ha eliminado el pacto comisorio: la tutela jurídica del deudor como parte más débil de la relación crediticia, mantener al Estado con el poder sobre la ejecución de las garantías, la desnaturalización de la garantía y la inmoralidad del pacto. No obstante, se han logrado desarrollar tres razones específicas que posiblemente habrían servido para su abolición. Feliú Rey (1995) afirma que Constantino en el año 350 d. C. prohibió el pacto comisorio, porque el *pignus* es un derecho real de garantía, para evitar que las personas encubran intereses ilícitos y por temas morales.[733] Las razones mencionadas serán profundizadas a continuación:

1) Las partes que celebran un contrato accesorio de *pignus* (prenda o hipoteca) tenían la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación; por ende, el *pignus* es un derecho real de garantía. En el caso de que las partes incorporen un pacto comisorio dentro del contrato de *pignus* el acreedor podía satisfacer por sí solo el cumplimiento de la obligación con la realización del *pignus,* lo que significaría una desnaturalización de la institución mencionada.

2) Otra de las razones que explican la prohibición del pacto comisorio fue el uso que le daban las personas para encubrir intereses ilícitos, ya que en la práctica el valor de la cosa otorgada en *pignus* superaba con creces el monto del crédito asegurado. Esta

[733] FELIU REY, M. I. (1995). *La prohibición del pacto comisorio y la opción de garantía* (pp. 35 y ss). Civitas.

situación abría la posibilidad de un aprovechamiento desproporcionado por parte del acreedor. En muchos casos la codicia llevó a muchos a buscar mecanismos para disfrazar la usura y así satisfacer su afán desmedido de riqueza, aun cuando existieran prohibiciones expresas.

3) La inmoralidad del pacto y la proscripción de la usura se encuentran unidas a la Iglesia católica y su influencia sobre las creaciones de las normas. Ésta consideraba inmorales los intereses cobrados por los acreedores cuando realizan un préstamo, es decir, el mutuo retribuido no tenía aceptación. Por ese motivo es que se abolió el pacto comisorio en el *pignus.*

Cada una de las razones es indispensable para analizar la aplicación de la abolición de la *lex commissoria* al fragmento emitido por Marciano y plasmado en D. 20. 1. 16. 9. Las razones desarrolladas previamente fueron tomadas en cuenta por distintos doctrinarios de la misma forma en la que lo desarrolla el autor citado, por ese motivo es que principalmente partimos de la fuente principal. Autores como Arévalo Barrero (2017),[734] Calisaya Márquez (2016),[735] Urteaga Barbarán (2021)[736] Wegmann Stockebrand (2009)[737] y

[734] ARÉVALO BARRERO, N. S. (2017). La protección de las partes en los mecanismos de ejecución extrajudicial de las garantías mobiliarias reales, a partir de la eliminación de la prohibición del pacto comisorio. *Revista de Derecho Privado,* (57), 7. https://www.redalyc.org/pdf/3600/360055996015.pdf

[735] CALISAYA MÁRQUEZ, *op*. *cit*., p. 60.

[736] URTEAGA BARBARÁN, *op*. *cit*., p. 23 y ss.

[737] WEGMANN STOCKEBRAND, A. (2009). Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y el pacto marciano. *Revista chilena de derecho privado,* (13), 95-122. https://rchdp.udp.cl/index.php/rchdp/article/view/256/241

Candiotti Monge (2024)[738] se han adherido a las tres razones por las cuales Constantino abolió la *lex commissoria.* Asimismo, se considera importante resaltar la postura planteada por Fernández de Buján (1997), quien afirma que la *lex commissoria* era ruinosa para la parte deudora, puesto que existían algunos que se encontraban urgidos de dinero, y al mismo tiempo estaban dispuestos a entregar cosas valiosas por un monto menor, por lo que Constantino la abolió.[739]

III. 3. La adquisición de la propiedad a un justo precio (D. 20.1.16.9) en la hipoteca

En un apartado previo se mencionó que la doctrina desarrolló el pacto comisorio en dos variantes: pacto comisorio en su estado puro y pacto comisorio en su estado atenuado. Así como en el caso del pacto comisorio como adjudicación directa, existe doctrina que ha desarrollado el pacto comisorio en su estado atenuado, el mismo que fue denominado como pacto marciano. Urteaga Barbarán (2021) afirma que este pacto fue denominado como "pacto marciano" en honor al jurista que lo formuló.[740] Asimismo, Gonzáles Varade (2022) sigue la línea mencionando que en D. 20. 1. 16. 9 se menciona al jurista Marciano, quien desarrolla la adjudicación de la cosa a favor del acreedor en el caso de la prenda.[741] La idea parte

---

[738] CANDIOTTI MONGE, C. A. (2024). *La admisibilidad del pacto comisorio en las hipotecas como respaldo del derecho de crédito en el sistema jurídico peruano* [Tesis de maestría, Universidad San Martín de Porres]. Acceso Libre a la Información Científica para la Innovación (ALICIA). https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/USMP_03d66fc2a85669e42d3f284dd6122cad

[739] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit*., p. 651.

[740] URTEAGA BARBARÁN, *op. cit*., p. 74.

[741] GONZALES VARADÉ, P. (2022, 10 de agosto). Garantías: pacto comisorio y

de la posibilidad del acreedor a poseer el bien como propietario una vez que el deudor incurra en mora, ello se tomará como el resultado de una venta sujeta a condición. Si bien un requisito para que el acreedor se vuelva propietario es que exista un incumplimiento por parte del deudor, la modalidad de pacto mencionada solo tendrá legitimidad en caso que la adquisición por parte del acreedor se haga pagando un justo precio. El mecanismo desarrollado claramente impide que el acreedor obtenga un enriquecimiento injustificado o de forma desproporcionada, puesto que el justo precio garantiza la equivalencia del bien pignorado con el préstamo otorgado.

En la misma línea, Candiotti Monge (2024) afirma que el pacto marciano evita la desproporcionalidad que pueda existir en las contraprestaciones que acordaron en el contrato de hipoteca.[742] La postura es similar al del autor citado previamente, pero agrega que el precio debe ser conforme a su valor en el mercado, lo que significa que al momento de la adjudicación a favor del acreedor debe existir una justificación objetiva y una eventual devolución del exceso del monto, siempre y cuando el bien valiese más que la misma deuda.

Los autores plantean ideas claves sobre el denominado pacto marciano. No obstante, es menester analizar el fragmento del *Corpus Iuris Civilis*. Específicamente en D. 20. 1. 16. 9 se establece lo siguiente:

> La dación de prenda o de hipoteca puede hacerse de modo, que, si dentro de cierto tiempo no se hubiera pagado la deuda, por derecho de comprador posea uno la cosa por el justo precio en que entonces haya de estimarse; porque en este caso parece en cierto modo que hay una venta condicional. Y así lo respondieron por rescripto el Divino Severo y Antonino.

---

pacto marciano. *ILP Abogados*. https://ilpabogados.com/2022/08/10/garantias-pacto-comisorio-y-pacto-marciano/

[742] CANDIOTTI MONGE, *op. cit.*, p. 56.

De manera inicial se puede observar que en el fragmento no se menciona un pacto específico convenido entre el acreedor pignoratario y deudor pignorante. No obstante, se menciona que la dación en hipoteca "puede hacerse", por ende, podría afirmar que el pacto marciano necesita una convención previa dentro del contrato accesorio de hipoteca. Además, se establece que el acreedor puede poseer la cosa por derecho de comprador cuando el deudor, dentro de cierto tiempo, no hubiera pagado la deuda. Hasta este punto, creo que nos encontramos frente a un pacto comisorio en su estado puro. Pero dentro del fragmento, también, se establece que la propiedad del bien será adquirida por el justo precio, lo que implica un pacto comisorio en estado atenuado.

Feliú Rey (1995) plantea que el pacto marciano es un correctivo del pacto comisorio en estricto, puesto que mediante el primero se asegura la congruencia del precio de la venta.[743] El juicio de valor del bien pignorado debe provenir de un tercero imparcial, que será nombrado por las partes que celebraron el contrato accesorio de hipoteca, por lo que se evita la actuación unilateral del acreedor pignoratario. En ese sentido, es claro que el consentimiento del deudor pignorante no se encuentra vulnerado, ya que se le está considerando para seleccionar al tercero que valorará el bien con el fin de que se proteja su libertad y su masa patrimonial. En un sentido similar, Wegmann Stockebrand (2009) afirma que mediante la creación de esta forma de apropiación no era otra cosa que la búsqueda de la justicia material, es decir, que el acreedor no se beneficie más allá de lo que se le adeuda, y que, en el caso de la adjudicación del bien a su favor, se restituya el *superfluum*.[744]

Entonces, se puede afirmar que el término de pacto comisorio en el contrato accesorio de garantía puede ser relacionado con la

[743] FELIU REY, *op. cit.*, p. 94.

[744] WEGMANN STOCKEBRAND, *op. cit.*, p. 117.

adjudicación directa a favor del acreedor por el monto del préstamo, como también con el derecho que tiene el acreedor de adquirir el bien en propiedad estimando un precio justo que es valuado por un tercero. Y, como bien lo hemos visto en los párrafos anteriores, una de las razones de la eliminación del pacto comisorio es la desproporción que existe entre el valor del bien y del crédito. En ese sentido, como bien afirma Rodríguez-Rosado Martínez-Echevarría (2017), en el pacto marciano, aunque otorgue derechos de adjudicación directa no se produce una vulneración a los derechos del deudor por no haber una desproporción.[745]

Se pueden ver algunas diferencias sobre las variantes de pacto comisorio, puesto que para los doctrinarios el pacto comisorio puro es la adjudicación directa, mientras que el pacto comisorio atenuado es el pacto marciano, donde existe justo precio. Finalmente, Gil Montaña (2018), incluso, considera que existen tres figuras jurídicas relacionadas con la adquisición de la cosa en los derechos reales de garantía: el pacto marciano (analizado en el presente apartado), que se caracteriza por el traspaso de la propiedad a favor del acreedor previa justa estimación; el pacto *ex intervalo* (pacto desarrollado por la doctrina), que permite a las partes, que celebran el contrato de garantía, incorporar el comiso del bien posterior a su suscripción; y el pacto comisorio sin justa estimación (desarrollado en el punto 1 del apartado III).[746]

---

[745] RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 83.

[746] GIL MONTAÑA, I. R. (2018). *Nuevo contrato de garantías mobiliarias, implicaciones contractuales frente al contrato de prenda* [Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia]. Repositorio de la Universidad Nacional de Colombia. https://repositorio.unal.edu.co/items/5491fda4-2513-44ab-bb93-f3bef037c326

IV. La excepción a la prohibición del pacto comisorio en la transferencia de la propiedad de un bien pignorado

Tal como se ha expuesto en párrafos previos, la figura del pacto comisorio, en el derecho romano justinianeo, fue objeto de una prohibición expresa por parte del emperador Constantino, en el contexto de los contratos accesorios de garantía, como la prenda y la hipoteca. Esto es así porque en la misma constitución imperial no se refiere a otro tipo de pacto comisorio como el de la compraventa. Esta prohibición, claramente enunciada en la constitución imperial C. 8. 34. 3, aborda la necesidad de proteger al deudor de prácticas abusivas que podrían surgir si se le permitía decidir al acreedor directamente sobre los bienes en garantía. Y, como bien afirma Feliú Rey (1995), ha sido abolido por tres razones, entre ellas, que se garantice la equivalencia económica entre el bien pignorado y la deuda.[747] Sin embargo, esta prohibición taxativa no se aplica estrictamente a todas variantes de pacto comisorio, ya que dentro del mismo derecho romano justinianeo existen procedimientos excepcionales que permiten la transferencia de la propiedad de bienes pignorados a favor del acreedor bajo ciertas situaciones. Entre estas excepciones se encuentra el contenido del fragmento D. 20. 1. 16. 9, que la doctrina más actual ha reconocido como pacto marciano.

El tipo de pacto que se encuentra establecido en el fragmento D. 20. 1. 16. 9 se configura como un acuerdo donde las partes permiten que la dación en prenda o hipoteca puede hacerse de modo que, si en un determinado plazo no se paga la deuda, el acreedor pueda poseer la cosa "por derecho de comprador" y "por el justo precio en que entonces haya de estimarse". A diferencia de lo que es el

[747] FELIU REY, *op. cit.*, p. 35.

pacto comisorio en su estado puro, donde el acreedor pignoratario adquiere en propiedad el bien pignorado, sin que haya una tasación objetiva, ni mucho menos tenga la obligación de devolver el denominado *superfluum* a favor del deudor pignorante. En ese sentido, el pacto marciano, además de garantizar que la adjudicación del bien pignorado a favor del acreedor pignoratario se haga respetando los derechos del deudor, garantizando la valoración objetiva de su bien, impide que este acreedor obtenga un enriquecimiento injusto, puesto que solo puede obtener el bien si es menor al valor de la deuda o devolviendo el exceso del valor al deudor.[748] De este modo, el pacto marciano no vulnera la prohibición del pacto comisorio del emperador Constantino.

Ahora bien, cuando se desarrolló el apartado de la hipoteca en el derecho romano justinianeo, se ha mencionado que existían ciertos pactos para mejorar la situación del acreedor pignoratario. Entre ellos se encontraban: el *pactum de distrahendo* o *pactum de vendendo,* pacto que faculta al acreedor vender el bien pignorado (D. 13. 7. 4); la *lex commissoria,* que consiste en la adjudicación del bien a favor del acreedor (D. 20. 1. 16. 9); y el pacto sobre el aprovechamiento de los frutos naturales o civiles del bien (D. 20. 1. 1. 3). Cada uno de los pactos desarrollados se admitían en la medida que no se vulneren los derechos de las partes contratantes, sobre todo del deudor, puesto que su situación de vulnerabilidad lo amerita, ya que la menesterosidad le podía llevar a otorgar un bien con un valor superior a la deuda. No obstante, respecto a la *lex commissoria,* no era posible su aplicación en su estado puro por la prohibición expresa de la constitución imperial recogida en C. 8. 34. 3, sino la modalidad más moderada conocida como pacto marciano, pero era posible que

[748] ENCARNA, C. (2020). Mecanismos contractuales alternativos de ejecución de garantías reales y alcance de la prohibición de pacto comisorio. *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, (3), 27.

en la época romana no tenía esa denominación, ya que actualmente recién la doctrina la denominó de esa manera.

Siguiendo la línea, la aplicación del pacto marciano es posible, porque precisamente, al igual que los otros dos pactos (*pactum de distrahendo* o pacto sobre el aprovechamiento de los frutos naturales o civiles del bien), opera como una forma de ejecución privada. Así lo sostiene Bustos Pueche (1990), quien básicamente señala que el pacto comisorio es la cláusula creada por la parte acreedora y la deudora, con la finalidad de facultar a la primera a hacer suyo el bien ofrecido en garantía, de manera directa y automática, o a través de una ejecución privada donde medie un procedimiento.[749] La fórmula planteada encaja perfectamente con lo que busca el pacto marciano. Por ello, los tres mecanismos para mejorar la situación del acreedor pignoratario pueden coexistir perfectamente o incorporarse de manera individual bajo el argumento de la autonomía privada.

En gran parte del desarrollo del presente trabajo se sostiene que la prohibición del pacto comisorio se da a partir de la exigencia sobre la ejecución de la garantía otorgada por el deudor a favor del acreedor, puesto que en la época romana existía la preocupación constante por evitar que este último obtenga un beneficio desproporcionado respecto de lo que le corresponde. En ese sentido, Feliú Rey (1995), citando a Lasarte, sostiene que la ilicitud del pacto encuentra su explicación desde una perspectiva económica porque generalmente el valor del bien pignorado suele ser superior al monto de la obligación garantizada.[750] La diferencia desproporcionada permitía al acreedor pignoratario adquirir un beneficio económico excesivo a costa del deudor, todo gracias a la posición dominante que tiene sobre la relación crediticia. Además, señala que, teniendo en cuenta la afirmación realizada en líneas previas, se puede advertir que la verdadera preocupación gira en torno al destino del *superfluum*, es

[749] BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, p. 557.

[750] FELIU REY, *op. cit.*, p. 94.

decir, del excedente que resulta cuando el bien pignorado vale más que la deuda. Precisamente, por ello, el pacto marciano, al exigir la estimación objetiva de lo que vale el bien pignorado y obligar al acreedor devolver el excedente al deudor se presenta como una excepción clara a la prohibición general del pacto comisorio emitida por el emperador Constantino.[751] Por ello, el fragmento D. 20. 1. 16. 9 es aplicable válidamente en la práctica, ya que permite el equilibrio de poder entre deudores, especialmente en situaciones de necesidad económica. Se elimina el riesgo de abuso y se igualan las posiciones jurídicas de las partes al exigir un pago objetivo y la eventual devolución del *superfluum*. A todo lo analizado se puede añadir lo señalado por Fernández de Buján (1997), quien afirma que la *lex commissoria* ha sido abolida por el emperador Constantino, porque se consideraba ruinosa para el deudor pignorante, ya que algunos se encontraban dispuestos a entregar cosas en garantía que eran más valiosas que la deuda.[752] Desde esa perspectiva, el pacto marciano sigue siendo una excepción a la abolición de la *lex commissoria* del emperador Constantino, por no ser ruinosa para el deudor pignorante.

V. Conclusiones

Existen diferencias que se evidencian con claridad entre el pacto comisorio en su variante más pura y el pacto comisorio en su variante atenuada, conocido por la doctrina actual como pacto marciano. El primero se basa en la adjudicación directa del bien garantizado

[751] DÍAZ GÓMEZ, M. J. (2019). Pacto marciano. Repensando el sistema con la civilística italiana. Anuario de Derecho Civil, (72), p. 801.

[752] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 651.

sin estimación de precio ni devolución del excedente a favor del deudor pignorante, mientras que el segundo exige el pago de un precio justo por el bien pignorado, que debe determinarse objetivamente y, en este caso, conlleva la devolución del excedente, también denominado s*uperfluum* en el derecho romano justinianeo. En consecuencia, al ser figuras que difieren en su estructura no pueden considerarse iguales al aplicarse en el *pignus conventum*.

Asimismo, a partir del análisis de las fuentes doctrinales especializadas se concluye que la prohibición del pacto comisorio establecida mediante la constitución imperial emitida por Constantino, y recogida en C. 8. 34. 3, no aplica al caso donde el acreedor pignoratario adquiere el bien pignorado pagando un precio justo. La afirmación realizada también es respaldada por el análisis realizado del fragmento D. 20. 1. 16. 9. Esta variante atenuada de pacto comisorio no compromete o vulnera los fines que motivaron la abolición de la *lex commissoria*, puesto que garantiza el equilibrio entre las partes que celebran el contrato de *pignus conventum* y, sobre todo, protege al deudor pignorante de las prácticas abusivas que podría sufrir. En ese sentido el pacto marciano encontrado en el fragmento D. 20. 1, 16. 9 debe interpretarse como una excepción legítima a la abolición de la *lex commissoria* recogida en C. 8. 34. 3.

Finalmente, en el derecho romano justinianeo se permitía incorporar, dentro del *pignus conventum*, distintos pactos que tenían como finalidad reforzar la posición del acreedor pignoratario, sin que ello suponga una afectación ilegítima a los derechos del deudor pignorante. Entre los desarrollados en el presente artículo se encuentran: el *pactum de distrahendo,* que es el pacto de venta mediante el cual el acreedor obtenía la posibilidad de vender el bien pignorado, siempre que el deudor pignorante deje de pagar la deuda; el pacto sobre el aprovechamiento de los frutos naturales o civiles del bien pignorado; y la *lex commissoria* en su modalidad de variante atenuada o denominado pacto marciano. Cada uno de estos acuerdos son formas de ejecución privada admitidas en

el derecho romano justinianeo porque no vulneran los derechos del deudor pignorante y no permiten que el acreedor pignoratario incurra en abusos.

VI. Referencias

ARÉVALO BARRERO, N. S. (2017). La protección de las partes en los mecanismos de ejecución extrajudicial de las garantías mobiliarias reales, a partir de la eliminación de la prohibición del pacto comisorio. *Revista de Derecho Privado,* (57). https://www.redalyc.org/pdf/3600/360055996015.pdf

BUSTOS PUECHE, J. E. (1990). Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio. *Anuario de Derecho Civil, 43*(2). https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/5645

CALISAYA MÁRQUEZ, A. (2016). Pacto comisorio en la Ley de Garantía Mobiliaria y la necesidad de su remplazo por el pacto marciano. *Actualidad Jurídica,* (269).

CANDIOTTI MONGE, C. A. (2024). *La admisibilidad del pacto comisorio en las hipotecas como respaldo del derecho de crédito en el sistema jurídico peruano* [Tesis de maestría, Universidad San Martín de Porres]. Acceso Libre a la Información Científica para la Innovación (ALICIA). https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/USMP_03d66fc2a85669e42d3f284dd6122cad

CARRASCO GARCÍA, M. C. (2024). *¿Cancel culture* de los clásicos? Un ejemplo para la reflexión: *pignus* como término jurídico y como

metáfora. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (46). https://doi.org/10.4151/ISSN.07176260-Num.46-Fulltext.1317 .

CARRASCO GARCÍA, M. C. (2024). Pignoris *loco: metáfora y símil al servicio de la argumentación jurídica.* Dykinson.

COSTA A., ACOSTA P., MICELI M., & NUÑEZ, L. (2023). Contratos romano modernos: la consensualidad en la compraventa y *pacta sunt servanda.* En M. ÁLVAREZ (Comp.). *Estudio sobre Principios Generales y Derecho Romano*. Vol. 2. Editorial de la Universidad de Flores.

DEL VALLE FLORES, M. (2022). *Evolución del* pignus *desde el derecho romano a la actualidad* [Tesis de maestría, Universidad de Alcalá].

ENCARNA, C. (2020). Mecanismos contractuales alternativos de ejecución de garantías reales y alcance de la prohibición de pacto comisorio. *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, (3).

DÍAZ GÓMEZ, M. J. (2019). Pacto marciano. Repensando el sistema con la civilística italiana. *Anuario de Derecho Civil,* (72).

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

GIL MONTAÑA, I. R. (2018). *Nuevo contrato de garantías mobiliarias, implicaciones contractuales frente al contrato de prenda* [Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia]. Repositorio de la Universidad Nacional de Colombia. https://repositorio.unal.edu.co/items/5491fda4-2513-44ab-bb93-f3bef037c326

GONZALES VARADÉ, P. (2022, 10 de agosto). Garantías: pacto comisorio y pacto marciano. *ILP Abogados*. https://ilpabogados.com/2022/08/10/garantias-pacto-comisorio-y-pacto-marciano/

GUZMÁN BRITO, A. (1997). *Derecho privado romano*. Editorial Jurídica.

FELIU REY, M. I. (1995). *La prohibición del pacto comisorio y la opción de garantía*. Civitas.

LEÓN MORENO, C. A. (2016). El pago directo por parte del acreedor garantizado: fundamentos de la transmisión de la propiedad. *Revista de Derecho Privado,* (56).

RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, B. (2017). La transmisión de propiedad en garantía en Alemania y los problemas para su aceptación en el derecho español. *Revista de Derecho Civil*, *4*(3). https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/271

URTEAGA BARBARÁN, J. S. N. O. (2021). *Regulación uniforme del pacto comisorio en las garantías en general* (Tesis de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo).

WEGMANN STOCKEBRAND, A. (2009). Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y el pacto marciano. *Revista chilena de derecho privado,* (13). https://rchdp.udp.cl/index.php/rchdp/article/view/256/241

Algunas reflexiones sobre el poder político estatal, de Roma a la actualidad[753]

Marilina Miceli,[754] Daniel Gerardo Bonjour[755] y Leticia Inés Núñez[756]

[753] El presente trabajo se encuadra dentro del proyecto de investigación bianual y rentado de la Universidad John F. Kennedy "Ultra actividad del Derecho Romano en las instituciones actuales de Derecho Político y Constitucional".

[754] Posdoctora en Derecho y en Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba), Doctora en Derecho (Universidad John F. Kennedy). Profesora invitada del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad John F. Kennedy, de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Abierta Interamericana, de la Maestría en Derecho de la Universidad del Sur. Profesora invitada del Doctorado en Derecho de la Universidad de Morón. Profesora Invitada en el Departamento de Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México, profesora titular de Derecho Romano en la Universidad Abierta Interamericana. Asociada en la Universidad John F. Kennedy y adjunta interina en la Universidad de Buenos Aires, miembro de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina, Asociación Iberoamericano de Derecho Romano y del Comité Científico de la Revista Internacional de Derecho Romano. Investigadora y autora de diversas obras doctrinarias.

[755] Doctor en Derecho (Universidad John F. Kennedy). Profesor de Derecho Romano en Universidad John F. Kennedy, Universidad Nacional de La Plata, Universidad de Buenos Aires, Universidad Abierta Interamericana y Universidad de San Isidro. Autor de múltiples trabajos doctrinarios e investigador, miembro de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina, secretario del Instituto de Derecho Romano y Arqueología Jurídica del Colegio de la Abogacía de La Plata.

[756] Profesora de Derecho Romano en Universidad de Buenos Aires, Universidad

(en colaboración con Victoria Cali y René Angulo)[757]

Son tantos los maestros y tantos los ejemplos
que nos ha proporcionado la antigüedad,
que ninguna edad puede considerarse más afortunada
en el azar de su nacimiento que la nuestra,
para cuya enseñanza han trabajado afanosamente
hombres de generaciones anteriores

Quintiliano (35-95 d. C)

Resumen

En el presente trabajo analizaremos el término *imperium* y su proyección histórica en el Estado moderno, entendiendo que no existe un solo concepto de Estado ni un único criterio para definirlo. Sin embargo, podemos identificar una constante, un hilo conductor, un único sentido que atraviesa el tiempo desde Roma a la actualidad: su elemento distintivo, el *imperium* o capacidad de mando, elemento

Abierta Interamericana, Universidad de San Isidro y Universidad John F. Kennedy. Diplomada en Derecho Romano Público y Privado. Cursó diversos posgrados en la materia en el país y en el extranjero. Autora y coautora de diversos trabajos de investigación en el país y en el extranjero.

[757] Estudiantes de grado de la carrera de abogacía e integrantes del proyecto bianual rentado de la Universidad John F. Kennedy en el que se enmarca el presente trabajo y que tiene como ejes el estudio de la pervivencia de los principios generales e instituciones de derecho público romano en el sistema jurídico vigente.

del mismo, que como poder en la concepción clásica de sus elementos impacta a la hora de resignificarlo, clasificarlo y distinguirlo.

Palabras clave: Estado; *imperium*; poder; soberanía; legitimidad; gobierno; capacidad de mando; dictadura

I. Consideraciones previas

George Jellinek (1980) expresa: "Allí donde haya una comunidad, asentada sobre un territorio, con un poder originario y medios coactivos para dominar sobre sus miembros y su territorio, conforme a un orden que les es propio, allí existe un estado".[758]

La definición centraliza aquí al poder como carácter identitario de éste, relación mando y obediencia. Aquellos que obedezcan tendrán la pertenencia como pueblo y el límite en donde se encuentren afincados. Por su parte, Bidart Campos (1991), en relación al poder, refiere a toda voluntad o energía encaminada a la realización del fin estatal como fuerza que dirige y organiza acciones, que ordena y posibilita.[759]

La palabra *imperium* trae consigo la idea de una ordenación pautada, determinada por el espíritu de aquel que manda, con capacidad de ser obedecido. Idea que, como expresa Grimal (2000),[760] está viva en la mentalidad romana tan atrás como podamos remontarnos en el tiempo. Designa una fuerza trascendente, a la vez creadora y ordenadora, capaz de actuar sobre lo real, de hacerlo obediente a una voluntad.

---

[758] JELLINEK, G. (1980). *Teoría general del Estado*. Albatros.

[759] BIDART CAMPOS, G. (1991). *Teoría del Estado. Los temas de la Ciencia Política*. Ediar.

[760] GRIMAL, P. (2000). *El Imperio Romano*. Crítica.

El poder como elemento esencial del Estado se mantiene a lo largo de la historia y su carácter es innegable. Si bien su concepción material transmuta con el paso del tiempo en la representación del poder público, autotutela o *police power*[761] de los Estados modernos, debemos sostener que su esencia permanece hasta la actualidad.

Imperium, en su voz latina, consiste en el derecho otorgado por el pueblo a los magistrados superiores para hacer que se cumplan, incluso por la fuerza, sus decisiones por medio de la coacción jurídica en acción.

Si tomamos la mítica epopéyica, fueron los dioses los que, en la fundación de Roma, concedieron el *imperium* a los reyes. Es la *facie* la que representa la vara de poder, cetro en la actualidad, que portaba y porta cada monarca en señal de su poderío. Gracias a *lupiter*, es capaz de exigir respeto, exigencia que en aquel se legitima, es decir, se ejerce poder con *ius* o *iustitia*, amparados en legitimación divina.

Durante el período republicano, inicialmente se atribuía a los cónsules y a los pretores el *imperium domi* o el *imperium militae*. El primero tenía un carácter de poder civil y se ejercía dentro de la ciudad, mientras que el segundo era más difuso, en algunos casos con poderes que alcanzaban la autoridad civil y militar, pero quedaba relegado a ejercerse fuera de Roma.

Hacia el final de la República, la diferenciación entre estos dos tipos se observa diluida en la praxis, es decir, fácticamente, por lo que la distinción era solo nominativa. Así surge el *imperium* consular y el proconsular, que gozaban de una serie de privilegios, gran estima y respeto por parte del Senado.

Se acostumbraba a cederles la palabra antes que al resto de los

[761] LOSSINO, J., & MICELI, M. (2024). "Teoría del Estado". En G. RISSO (Dir.). *Lecciones fundamentales de Derecho Político*. Hammurabi; BIDEGAIN, C. (1998). *Curso de Derecho Constitucional: Territorio, Población, el poder-organización*. Abeledo-Perrot.

magistrados a todos aquellos que, habiendo terminado su mandato y pasado a la categoría de consular, fueron enviados a una provincia con el cargo de gobernador. Adquirían el *imperium* propio de dicha misión para tener la facultad de levantar legiones y mandar ejército (solo en su provincia), imperio proconsular, que dejaba de tener valor, mejor dicho, cedía ante el *imperium* del cónsul en funciones, en el caso de que ambos se encontrasen juntos.

El apelativo de procónsul se dio después del mandato de Sila,[762] aunque el cargo ya existía con anterioridad. La provincia así gobernada adquiría la designación de provincia proconsular.

Con la llegada del Imperio se mantiene la distinción entre facultad consular y proconsular, aunque cabe destacar que con Augusto y sus sucesores se inicia un trayecto por el cual se ejercían de hecho ambos poderes, al atribuirse el denominado más tarde *imperium maius*.

II. *Imperium*

La necesidad de aplicación y adaptación a la realidad tornó imperiosa una mayor profundización del instituto, surgiendo así una nueva y minuciosa clasificación, según su alcance y competencia. Surge así el *imperium aequum*, llamado imperio equitativo que ejerce el magistrado como parte de la función debida respecto a la adecuación de justicia al caso concreto.

El *imperium domi* representaba el imperio o poder local, facultad de mando ejercida dentro de los límites de la ciudad de Roma hasta una milla a su alrededor.

El *Imperium in imperio* comprendía la existencia de un imperio dentro de otro, un Estado dentro de un Estado, un gobierno dentro

[762] Vivió entre los años 138 y 78 a. C.

de otro gobierno. En realidad, no se ha institucionalizado la figura *per se,* simplemente es una frase utilizada para referirse a los factores de poder en los casos de abuso de facultades materiales de los órganos competentes en contra del imperio de la ley, o en casos de dictaduras que se ejercen desde las normas para significar la disociación entre lo que debe ser y lo que efectivamente es. En todo caso, es la incrustación de un poder poco legítimo dentro de otro, ya sea desde su construcción una vez asumida la función.

El *imperium infinito* es el concedido a un magistrado sin atender a su limitación en cuanto al territorio en que se extiende ni a su duración. Sobrepasa la anualidad en el cargo y es superior a los procónsules. Podemos mencionar que dicha facultad les fue concedida a Pompeyo y Augusto.

El *imperium maius*, como se mencionara, en su voz latina "imperio mayor", es propio de los cónsules, con el cual se relacionan otros magistrados inferiores en el orden jurisdiccional, cuyo imperio se califica de *minus* (menor).

Imperium merum significa imperio pleno, potestad del magistrado que supone un poder de administración de justicia criminal, y de policía, con facultad para imponer castigos. Por ejemplo, corresponde al *praefectus urbi* o al *praefectus praetorio* (capitán de la guardia pretoriana) según el período histórico.

El *imperium militiae* o poder de mando militar puede ser ejercido por cónsules o gobernadores fuera de los límites del *pomerium* (espacio no habitado) de Roma. Comprende las máximas atribuciones sobre las personas.

Y, por último, *imperium proconsulare,* también ya mencionado. En definitiva, a pesar de todas las distinciones efectuadas respecto a la concepción de *imperium,* podemos inferir que todos los tipos aludidos se aúnan en la idea de poder detentado por una autoridad institucionalizada o un grupo colegiado de ellas, con capacidad de compeler, regular o determinar conductas de manera coactiva.

III. Poder político, capacidad de mando

Si bien no podemos afirmar que el poder romano se haya trasladado de forma intacta a nuestros días, sí podemos manifestar que la idea de poder fue y es preponderante en la esencia y existencia del Estado.

Cabe destacar que no existe una definición unívoca. Encontramos quienes lo consideran simplemente como una categoría histórica (Marx), aquellos que lo entienden como una simple personificación del orden jurídico (Kelsen) y otras visiones más generales que toman en cuenta al Estado como formación jurídico-política y lo construyen sobre la totalidad de sus elementos (Jellinek).

El consenso en general adopta una postura tradicional en cuanto a los elementos que integran al Estado, que son territorio, población y poder. Otros autores como Bidart Campos agregan un cuarto elemento: gobierno.

En relación al poder,[763] Jellinek y Bidart Campos lo consideran como la voluntad, energía o aptitud encaminada a la realización del fin del Estado. Ambos nos explican que donde hay una finalidad a realizar es necesario dirigir y organizar acciones tendientes a conseguirla, y esa dirección y organización se manifiesta a través de una voluntad o energía que conocemos con el nombre de poder, en total concordancia con la concepción de *imperium.*

Podemos decir que el poder es institucionalizado cuando se estabiliza, se organiza y se regula a través de normas jurídicas que prevean la sucesión y participación en éste, sus límites y su orientación hacia un fin común de bienestar de la sociedad. Cuando nos referimos al Estado debemos decir que su poder es de dominación *imperium* y tiene el monopolio del uso legítimo de la fuerza, por eso también despliega su poder de coacción.[764, 765]

---

[763] No nos detenemos en otros elementos por no ser nodales a la temática abordada.

[764] JELLINEK, *op. cit.*

[765] BIDART CAMPOS, *op. cit.*

El poder estatal además es soberano, siendo su cualidad la de no reconocer ningún otro poder por encima de él. Esto incluye la autodeterminación y la autonomía como facultad de brindarse sus propias normas, de autoconformarse, facultarse y limitarse en relación a los administrados, pero más aún en relación a sus pares.

Quien ejerce el gobierno de un Estado es quien detenta su poder, según su forma será el tipo de estado. Así, un poder centralizado identificará a un Estado unitario y un poder descentralizado o desconcentrado lo hará con un Estado confederado o federado. Esto dependerá del tipo de norma constitutiva; para el primer caso será un pacto entre iguales y en el segundo, una norma suprema mayoritariamente denominada constitución nacional o normas supremas, dependiendo de sus caracteres.[766]

IV. Gobierno

En la concepción del Estado moderno se hace alusión a los diferentes sistemas republicanos democráticos actuales, que incluyen las modalidades parlamentarias, presidencialistas y colegiadas. También existen modelos no republicanos que refieren a modalidades autoritarias y totalitarias.

Las formas políticas republicanas propician un estilo de vida democrático que se realiza en mayor o menor medida de acuerdo con las circunstancias históricas, sociales y culturales de cada país y no por la forma en que se distribuyen las competencias gubernamentales.

En contrapartida, las formas no republicanas inducen una forma de vida autocrática que se caracteriza por la falta de limitación del

[766] RISSO, G. (Dir.) (2024). *Lecciones fundamentales de Derecho Político*. Hammurabi; JELLINEK, *op. cit.*

poder estatal, con la consiguiente pérdida de libertades y de derechos fundamentales de las personas.

La república se caracteriza por la elección popular de los gobernantes, periodicidad de los cargos electivos, la división de poderes, la responsabilidad política y judicial de los gobernantes, la obligación de rendir cuentas por la gestión realizada, la publicidad de los actos de gobierno, la obligación de los funcionarios de declarar su patrimonio y la igualdad ante la ley. Todos estos principios presuponen la existencia de otros y de la máxima posibilidad de ser en el ejercicio pleno de los derechos subjetivos, por ejemplo, de libertad de prensa, libertad de expresión y pensamiento y también la posibilidad igualitaria no solo de participar en la elección de los gobernantes, sino también de ser elegidos para cargos políticos, entre otros.[767]

Al igual que Roma, el concepto de *imperium*, y con él el de soberanía, fue variando en la búsqueda de una mejor adaptación dinámica al medio, en razón de utilidad. La construcción estatal tradicional se observa, hoy, más diluida.

La creación de bloques regionales o grandes espacios, la idea globalizadora, la agenda mundial, referencia más a una jurisdicción de tipo laxa que nos remite a la visión de poder esbozada por Jellinek que al ámbito jurisdiccional de un Estado con hitos y fronteras naturales, como una relación de interacción entre fuerzas locales, globales, nacionales y trasnacionales.

Dentro de cada unidad sistémica en los Estados republicanos encontramos el cúmulo de poder o *imperium* dividido en funciones. El órgano legislativo en la república (Congreso o Parlamento) se ocupará principalmente de la elaboración de las leyes. El órgano ejecutivo comprende tanto la función política o de gobierno, como la administración, y jurídicamente se manifiesta a través de decretos o

[767] ALFONSÍN, R. (2006). *Fundamentos de una república democrática. Curso de teoría política*. Eudeba.

reglamentos. Por su parte, el órgano judicial pronunciará el derecho en casos concretos e implica, además, cubrir los vacíos de la legislación mediante la creación de derecho judicial y nuevo.[768]

Si bien éstas son las funciones que específicamente se les atribuyen, cada órgano tiene dentro de sus competencias funciones propias de los otros poderes. En Roma, el *imperium* es algo vivo, modificable y, si se quiere, complementario de la ley, pero no debe sustituir a ésta, cuya autoridad reposa en la *maiestas* del pueblo. De allí la importancia del poder como elemento que contiene y aglutina al Estado y el cual debe detentarse prudentemente, respetando y garantizando el ejercicio pleno de las libertades consagradas en su ordenamiento jurídico. Así, representará a un Estado de derecho en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones y al logro de su finalidad, el bien común; de lo contrario, el *imperium in imperio* acaecerá.

V. Dictadura romana

Son muchas las citas encontradas respecto a esta magistratura extraordinaria, cuya función era ejercida por delegación y frente a cuestiones irregulares. Su duración se extendía lo que las circunstancias extraordinarias durasen, o por el tiempo de seis meses si la situación se postergaba en el tiempo.

Si bien es una magistratura prevista dentro del derecho, podemos ubicarla como una herramienta o institución a la cual acudir en razón de necesidad y celeridad, que acumulaba la suma de todo el poder público estatal. De allí el corto plazo previsto a tan omnipotente instituto y la intención deliberada de no perpetuarse.

[768] MELO, A. (1983). *Compendio de Ciencia Política* (p. 206). Depalma.

Debemos aclarar que las herramientas o utensilios no deben considerarse en modo alguno como objetos valiosos o disvaliosos, pero sí el modo en el cual se detentan. Por dicha razón se hace referencia, en algunos casos, al imperio dentro de otro imperio, queriendo significar el ejercicio de un poder dentro de otro abiertamente opuesto. Así, en D. 1. 2. 2. 18 expresaba Pomponio: “

> Luego, a medida que la población crecía, surgieron frecuentes guerras, algunas de ellas más severas libradas por los vecinos, y a veces, cuando las circunstancias lo exigían, se decidía nombrar a un magistrado con mayor poder. En consecuencia, se nombraban dictadores, a quienes no se les podía desafiar, y a quienes incluso se les amenazaba con la muerte. Dado que este magistrado tenía el poder supremo, no era lícito retenerlo por más de seis meses.[769]

Por otro lado, Marco Tulio Cicerón se preguntaba en *De legibus* 1.15 si todas las normas podían ser consideradas como justas, aun cuando imponían tiranía.

Observamos que Mommsem (2003) en *Historia de Roma* refiere “la dictadura solo se diferenció de la monarquía por la brevedad de su duración y por esta otra circunstancia, resultado necesario de un poder creado para tiempos excepcionales, que no podía designar sucesor”.[770]

---

[769] D. 1. 2. 2. 18 hallamos que Pomponio nos dice: *“Populo deinde aucto cum crebra orerentur bella et quaedam acriora a finitimis inferrentur, interdum re exigente placuit maioris potestatis magistratum constitui: itaque dictatores proditi sunt, a quibus nec provocandi ius fuit et quibus etiam capitis animadversio data est. hunc magistratum, quoniam summam potestatem habebat, non erat fas ultra sextum mensem retineri”.* Recuperado de: https://thelatinlibrary.com/justinian/digest1.shtml 03/09/2025

[770] MOMMSEN, T. (2003). *Historia de Roma*. Turner.

Por su parte, Tito Livio (1888) en *Décadas de la historia romana*, T. 1, relata la necesidad de aglutinar la capacidad de mando en alguien capaz de decidir, ordenar y dirigir frente a las guerrillas que se suscitaban entre ecuos, volscos y sabinos, en los que se mencionan varios hombres de peso como Apio Claudio, Verginio, Larcio, Marco Valerio, Vetusio, entre otros.[771]

Y podemos continuar con Plutarco (1986) en *Vidas Paralelas*, T. 2, hablando de Fabio Máximo "el verrucoso", en donde luego de desarrollar todo un relato pormenorizado de las incursiones cartaginesas al mando de Aníbal, hasta llegar a la batalla de Trebia donde derrotó al Flaminio, se decidió que "que el estado de las cosas exigía de necesidad el mando libre de uno solo."[772]

De lo expuesto se desprende que las características que suelen describirse en torno a esta figura como magistratura romana, de carácter mayor, excepcional y extraordinaria, son coincidentes con la mirada de Mommsen y Cicerón en cuanto se trata de una institución similar al rey en la monarquía. También podemos identificar, como causales de su construcción y según lo narrado, situaciones que en la actualidad definiríamos como ataque exterior y conmoción interior. Podemos preguntarnos si en la actualidad éstas habilitan la vía extraordinaria y en qué medida puede trasladarse la suma del poder público a un único órgano estatal, tratamiento que abordaremos en próximos trabajos.

---

[771] TITO LIVIO (1888). *Décadas de la historia romana* (pp. 58 y ss.). Librería de la viuda de San Hernando.

[772] PLUTARCO (1986). *Vidas paralelas* (p. 21). T. II. Traducción de Aurelio Pérez Jiménez Gredos.

VI. Conclusiones

A pesar de las distinciones que podemos encontrar a lo largo del tiempo en la evolución del instituto, todas las variaciones se aúnan en la idea de un poder detentado por un líder o un grupo colegiado con capacidad de compeler, normar o reglar conductas coactivamente dentro del amparo que al constituirse se han reservado (Estado de derecho).

Si bien no podemos afirmar que el poder como capacidad de mando en Roma se haya trasladado de forma intacta a nuestros días, sí podemos manifestar que la idea de poder fue y es preponderante en la esencia y existencia del Estado.

La noción expresada por la palabra *imperium* está viva en la mentalidad romana tan atrás como podamos viajar en el tiempo. Designa una fuerza trascendente, a la vez creadora y ordenadora, capaz de actuar sobre lo real.

La importancia del poder radica en ser un elemento que contiene y aglutina al Estado, el cual debe detentarse prudentemente, garantizando el ejercicio pleno de libertades, representando y consolidando un Estado en democracia justa en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones y al logro de su finalidad, el bien común, desde su génesis y hasta nuestros días, absteniéndose de gestar un poder paralelo o *imperium in imperio*.

VII. Referencias

AFTALIÓN, E. & VILANOVA, J. (1992). *Introducción al Derecho*. Abeledo- Perrot.

ALFONSÍN, R. (2006). *Fundamentos de una república democrática. Curso de teoría política*. Eudeba.

BIDART CAMPOS, G. (1991). *Lecciones elementales de Política*. Ediar.

BIDART CAMPOS, G. (2004). *Compendio de Derecho Constitucional*. Ediar.

BIDART CAMPOS, G. (2004). *Manual de la constitución reformada*. Ediar.

BIDEGAIN, C. M. (1998). *Curso de derecho constitucional: Historia y teoría de la constitución*. Tomo I. Abeledo-Perrot.

BIDEGAIN, C. M. (1998). *Curso de derecho constitucional: Territorio, población, el poder-organización*. Abeledo-Perrot.

BISCARETTI DI RUFFIA, P. (1996). *Introducción al Derecho Constitucional Comparado: Las Formas de Estado y Las Formas de Gobierno. Las Constituciones Modernas…* Fondo de Cultura Económica.

CABANELLAS DE TORRES, G. (2007). *Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos*. Heliasta.

COSTA, J. C. (2007). *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. Lexis Nexis.

EKMEKDJIAN, M. A. (2000). *Tratado de derecho constitucional*. Depalma.

GARCÍA, R. G. (2008). *Fundamentos del Derecho*. Lectio Ediciones.

GORDILLO, A. (1995). El nuevo sistema constitucional. *Revista Lecciones y Ensayos*, (62).

GRIMAL, P. (2000). *El Imperio Romano*. Crítica.

GUILLÉN, J. (2004). *Vida y costumbres de los romanos III. Religión y Ejército*. Sígueme.

JELLINEK, G. (1980). *Teoría General del Estado*. Albatros.

MELO, A. (1983). *Compendio de Ciencia Política*. Depalma.

MOMMSEN, T. (2003). *Historia de Roma*. Turner.

PLUTARCO (1986). *Vidas paralelas*. Tomo II. Traducción de Aurelio Pérez Jiménez. Gredos.

TITO LIVIO (1888). *Décadas de la historia romana*. Librería de la viuda de San Hernando.

La pervivencia de los principios contractuales romanos en los contratos de adhesión

Laura Micieli (directora),[773] Yamila Francis Fuentes, Gustavo Adrián Vedia (investigadores),[774] Cristian Andrade, Mía Agostina Barrionuevo y Candelaria Corbella (alumnos colaboradores)[775]

I. Introducción

El derecho contractual actual es sumamente complejo y diverso. El concepto de contrato ha evolucionado desde Gayo hasta nuestros días, como lo vamos a marcar más adelante. En la actualidad, se ha requerido el establecimiento de mecanismos masivos de contratación mediante la celebración de contratos en serie como un dispositivo necesario para el funcionamiento de una economía moderna, que son los denominados contratos de adhesión.

---

[773] Abogada. Profesora Titular Cátedra Derecho Romano. Universidad Nacional de La Rioja. Profesora Adjunta Cátedra Derecho Romano A. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba.

[774] Docentes investigadores de la Universidad Nacional de La Rioja.

[775] Alumnos colaboradores de la Universidad Nacional de Córdoba.

El concepto de contratación romano frente a la visión de los contratos de adhesión se encontraría en crisis debido a que no hay un acuerdo de voluntades pleno, lo que genera, en alguna forma, y en algunas situaciones, cláusulas abusivas.

La evolución del contrato, desde la concepción de un acuerdo de voluntades para crear obligaciones que se lleva a cabo entre dos seres racionales mediante un acuerdo paritario entre iguales asimilable al concepto de justicia mismo, ha sufrido frente a un mercado masificado que necesitaba una rápida circulación de los bienes y servicios que se producen en grandes cantidades, un instrumento jurídico a través del cual se lograse dicha circulación, y para ello fue seleccionado el contrato. Éste se modifica para adaptarse a esas nuevas situaciones que no permitían por economía de tiempo y de dinero que se siguiera bajo el esquema de la libre disposición de cláusulas únicamente.

En este contexto surge el concepto de contrato de adhesión, tema que vamos a desarrollar a lo largo de este trabajo, en cuanto a la manifestación de voluntad. El primer interrogante que nos planteamos fue si existieron situaciones semejantes a los contratos de adhesión en el derecho romano.

II. Concepto de contrato en Gayo

La idea de contrato, según el jurisconsulto Gayo, no corresponde exactamente a la idea moderna de éste, pero sí aborda figura jurídica, que en alguna medida hoy consideramos contrato.

Gayo se refiere al contrato en el término de obligación. En su obra *Instituta*, clasifica las fuentes de las obligaciones, y por tanto la idea que esgrime del contrato es la de la obligación nacida del contrato, por eso utiliza la expresión *obligatio ex contractu*.

Al referirse a los contratos, identifica cuatro formas reconocidas

por el derecho romano clásico: aquellos que se perfeccionan a través de las palabras (*verbis*); los que se perfeccionan a través de la escritura (*litteris*); los que se perfeccionan a través de la entrega de la cosa (*re*); y, por último, aquellos que se perfeccionan a través del consentimiento (*consensum*).

En definitiva, la idea de contrato en Gayo no existe como un concepto abstracto, sino que cada tipo contractual tenía una forma específica de perfeccionarse, tal lo expresado precedentemente, lo esencial, lo característico y primordial del contrato es que generase una *obligatio*, por la cual justamente se obligaba contra aquel con el cual contrataba.

Así lo expresa en su obra *Instituta* III. 88 y dice: *"Obligationum autem genera duo sunt: aut enim ex contractu sunt aut ex delicto"* ("Hay dos clases de obligaciones: las que nacen de un contrato o las que nacen de un delito").

III. Concepto del contrato en el derecho romano clásico

En el derecho romano clásico el concepto de contrato se constituye, como hemos señalado precedentemente, como un acuerdo entre dos o más personas regulado por el derecho civil, del cual surgen obligaciones jurídicas. Esto nos lleva a señalar que si un acuerdo no encajaba en una categoría reconocida, no generaba obligación exigible, aunque hubiese voluntad expresada. Así lo señala D. 2. 14. 1. 3, donde Ulpiano dice:

> *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam*

sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.

La palabra convención es un término general que se refiere a todo aquello sobre lo que quienes actúan entre sí acuerdan con el propósito de contratar y realizar negocios: pues, así como se dice que quienes se reúnen y llegan a un mismo lugar desde diferentes lugares están de acuerdo, también se dice que quienes, con diferentes emociones, concuerdan, es decir, convergen en una misma opinión. Pero la palabra convención es tan general que, con gran precisión, afirma que no hay contrato ni obligación que no contenga un acuerdo, ya sea de hecho o de palabra: pues incluso una estipulación hecha de palabra, a menos que cuente con consentimiento, es nula.

En el período justinianeo, el contrato adquiere una mayor apertura, se refuerza la idea de acuerdo a la voluntad y a la causa lícita.

IV. Inclusión de cláusulas unilaterales contractuales. Similitud a los contratos de adhesión en el derecho romano clásico

En el derecho romano no existía la idea del contrato por adhesión como lo entendemos en la actualidad; existían acuerdos que se asemejaban a la idea de una parte imponiendo términos a la otra.

El concepto moderno de contrato de adhesión, donde una parte define unilateralmente las condiciones y la otra solo puede aceptar o rechazar, no estaba previsto como una categoría jurídica con identidad en el derecho romano.

La idea del contrato en el sistema jurídico romano, y en especial en el derecho romano clásico, se centraba en el acuerdo mutuo,

consenso, y la buena fe existente entre las partes como elementos fundamentales de éste. Si bien existía algún tipo de contrato donde una parte tenía más poder de negociación que la otra, como en el caso de algunos contratos reales, el caso del mutuo es el ejemplo clásico, pero la esencia del concepto de la jurisprudencia romana siempre estaba en el equilibrio y la justa causa para las obligaciones.

¿Hubo algunas hipótesis en el derecho romano semejante a los contratos de adhesión como lo entendemos en la doctrina moderna? En nuestra búsqueda hemos encontrado un trabajo llevado a cabo por el profesor Alessandro Cassarino, de la Universidad de Pisa, quien aborda algunas cláusulas de los contratos de arrendamiento de almacenes destinados a actividades comerciales, en los cuales se incorporaba una cláusula donde se eximía de responsabilidad a los propietarios de las construcciones. Esta cláusula estaba preestructurada dentro del contenido del contrato, lo que exigía que la otra parte contratante solo expresara su voluntad adhiriendo a lo expresado a lo indicado en dicho contrato de arrendamiento, asemejándose a un contrato actual de adhesión.

El autor destaca la trascendencia que tenían los almacenes en la Roma republicana tardía, incluso destacando que tal era la importancia que contaban con una seguridad privada permanente. Se detiene en el análisis de la introducción de cláusula, limitando la responsabilidad de los administradores y de los propietarios de dichas construcciones: existió la posibilidad de considerar de manera unilateral las cláusulas de los contratos que celebraban con los arrendatarios, los cuales, en realidad, aceptaban dicha preforma elaborada, tal como lo que hoy interpretamos como un contrato de adhesión.

La cuestión es planteada en D. 19. 2. 60. 9, que dice:

> *Rerum custodiam, quam horrearius conductoribus praestare deberet, locatorem totorum horreorum horreario praestare non debere puto, nisi si in locando aliter convenerit.*

> Pienso que el arrendatario de todos los almacenes no debe ser responsable frente a su administrador por la custodia de las cosas depositadas, de las cuales es, en cambio, responsable y administrador frente a los arrendatarios, a menos que hayan convenido de otra forma en contrato de arrendamiento.

En el fragmento indicado anteriormente se atribuye la responsabilidad a los arrendatarios y al administrador y no al propietario del inmueble destinado al almacén, salvo que este último haya asumido por convención en el contrato de locación.

Aquí lo relevante es la inclusión de cláusulas unilaterales, a las que el arrendatario simplemente adhiere. En igual forma en D. 19. 2. 55, pr, que declara la misma exoneración, excepto en caso de que hubiera habido una específica asunción de la custodia también para esta hipótesis, se aplica un criterio similar al expresado anteriormente. Hay una diferencia de criterio con respecto a las opiniones que expresaban distintos jurisconsultos.

El caso planteado de los almacenes es para determinar la responsabilidad del administrador por cosas de valor que hubieren sido introducidas en ellos, y por una cláusula, introducida unilateralmente por el administrador, se libera de responsabilidad al propietario o al administrador. A dicha cláusula adherían aquellos que se constituían en inquilinos o que ingresaban en dichos almacenes.

Si uno tomara la perspectiva del derecho moderno, no se trata lo relatado de otra cosa que un contrato de adhesión. Estas cláusulas surgen de testimonios epigráficos, incluidos en distintos documentos, que en alguna forma ciertos autores pusieron en tela de juicio.

El documento más conocido y estudiado es el contenido en el cuerpo de las inscripciones latinas, el *Corpus Inscriptionum Latinarum*, que data aproximadamente de las primeras décadas del siglo II d. C.y que fuera reencontrado recién en el año 1885. Allí se mencionan distintas cláusulas que han sido reconstruidas en parte por historiadores modernos.

Ponemos, solo a título ejemplificativo, alguna de estas cláusulas para destacar que respecto a ellas hay diferentes interpretaciones.

Destaca el autor, al cual hemos seguido en esta temática, que la interpretación de Mommsen se refiere justamente por la necesidad de mostrar las mercancías depositadas en los almacenes con el fin de asumir un deber de custodia y el administrador habría podido exonerarse por las que hubieren introducido los subarrendatarios. Éstos contrataron directamente con él, o se puede seguir la tesis de Niteis, que señala que el administrador habría declinado la propia responsabilidad para algunas categorías de mercancías, mientras que para todas las demás habría pedido, en todo caso, una formal designación al encargado de los servicios de custodia. El profesor Cassarino se inclina por la interpretación de Mommsen.

Mucho se ha discutido acerca de dónde surge la responsabilidad del administrador, y en esto Labeón toma una posición atribuyendo la responsabilidad de éste en virtud de la regla *protestatio facto contraria* entendida como una particular aplicación del más amplio principio de *venire contra factum propriumnemini licet* (o *nulli conceditur*), ya conocido por la jurisprudencia romana, aunque no formulado en estos términos.

Otra explicación podría conectarse a una interpretación del criterio interpretativo contra *proferentem*, el cual frente a una incertidumbre sobre la eficacia de la cláusula de *non recipere periculo suo*, causada por el comportamiento sucesivo del administrador, la decisión del jurista habría excluido a su liberación en obsequio de un canon.

Sea cual fuere la interpretación que se dé a dicha cláusula, analizando desde la perspectiva de la manifestación de voluntad y la forma en la cual el posible arrendatario se sumaba, sin discusión alguna, a las que ya estaban insertas previamente por el administrador de los almacenes, es la cuestión que nos atañe señalar en este trabajo. Se interpreta esta modalidad cuasi fuera un contrato de adhesión, por lo cual podríamos llegar a concluir que estos contratos, a pesar

de no ser frecuentes y tener una tipicidad, tuvieron un esbozo en el período clásico romano.

Este análisis de cláusulas introducidas en estos contratos de arrendamiento surge de la reconstrucción de documentos descubiertos y respecto de los cuales existen opiniones diversas.

En conclusión, resulta muy difícil pronunciarse sobre la reconstrucción de una parte perdida de un documento en el cual se sostiene la existencia de esta cláusula, porque hay una diferencia de criterio con respecto a las opiniones que expresaban distintos jurisconsultos. Así, por ejemplo, Labeón habría atribuido la responsabilidad del administrador en virtud de la regla que *protestatio facto contraris,* entendida como una particular aplicación del más amplio principio de *venire contra factum proprium nemini lice* (*o nulli conceditur*), ya conocido por la jurisprudencia romana, aunque no formulado en estos términos. En efecto, se habría configurado como contrario a las exigencias de confianza de los contrayentes el comportamiento del administrador que, después de haber modificado con su propia conducta sucesiva la originaria cláusula de exoneración de la responsabilidad, hubiere querido aprovecharse de ella en ocasión de la pérdida de los bienes preciosos almacenados.

V. Contrato por adhesión en el Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield

En el Código Civil de Vélez Sarsfield (Ley 340 de 1868, vigente desde 1871 hasta su derogación en 2015) no existía una regulación específica y explícita del contrato de adhesión como figura normativa autónoma. Se partía de una concepción liberal del contrato basada en la autonomía de la voluntad y en nociones tradicionales de bilateralidad contractual.

Resulta indispensable comprender cómo se interpretaba la manifestación de la voluntad contractual en contextos históricos distintos al vigente, especialmente cuando se trata de los contratos de adhesión, cuya naturaleza presenta tensiones evidentes con el principio de libertad contractual. Analizando cómo se concebía la expresión de la voluntad en los contratos de adhesión en Argentina antes de la entrada en vigencia del Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield en 1871.

Antes de 1871, en el territorio del Río de la Plata se aplicaban normas provenientes del derecho español, en especial las Siete Partidas, la Novísima Recopilación, las Leyes de Indias y diversas ordenanzas locales. A su vez, se adoptaban principios generales del *ius commune* que regulaban los actos jurídicos y los contratos, con fuerte influencia del pensamiento romano-canónico. En materia contractual, regía el principio del consentimiento libre y voluntario como eje de toda relación obligacional. La voluntad debía ser expresada, aunque en ciertos casos podía manifestarse de forma tácita o presunta. La doctrina clásica sostenía que "el consentimiento es el alma del contrato", y cualquier vicio en él, como el error, la fuerza o el dolo, viciaba la validez del acto. Cabe aclarar que la noción de contrato de adhesión, tal como se la entiende en la doctrina, no estaba plenamente desarrollada en la etapa precodificada. Sin embargo, existían prácticas contractuales similares, especialmente en áreas como el transporte, el seguro marítimo o los servicios públicos en manos de empresas extranjeras, donde una de las partes imponía condiciones estandarizadas. Desde una mirada jurídica del siglo XIX, este tipo de contratos podía interpretarse como una limitación a la libertad de contratación, lo cual generaba debates sobre la legitimidad de la voluntad prestada por el adherente. No obstante, bajo el derecho español, regía el principio de autonomía de la voluntad, aunque con un matiz importante: la voluntad debía ser consciente y no simulada.

En este sentido, si bien el adherente prestaba su conformidad al aceptar las condiciones redactadas unilateralmente por la otra

parte, los jueces podían, en ciertas oportunidades, interpretar restrictivamente las cláusulas ambiguas o desfavorables al contratante débil, recurriendo a los principios del derecho natural y del buen trato contractual.

La interpretación de la voluntad en los contratos de adhesión bajo el régimen anterior al Código Civil argentino se realizaba con base en los principios del derecho español y canónico, que si bien reconocían la fuerza obligatoria del consentimiento, también abrían la puerta a ciertos controles judiciales en aras de proteger la equidad y la justicia contractual. Este análisis demuestra que, incluso antes de la codificación nacional, existía una conciencia jurídica sobre los límites del consentimiento en situaciones de desigualdad negocial.

El código de Vélez receptaba la figura del contrato como una categoría única, basada en el principio de la autonomía de la voluntad. El contrato era definido en su artículo 1137 de la siguiente manera*:* "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos". Sin embargo, en el código de Vélez no se regulaban las diversas formas de dar consentimiento, entre ellas, los contratos de adhesión.

Vélez incluyó en el código pocas disposiciones sobre los contratos, abordando específicamente su conceptualización, su clasificación en unilaterales y bilaterales, a título oneroso o gratuito, consensuales o reales, categoría hoy no presente en el Código Civil y Comercial de la Nación, y los nominados e innominados. Fuera de ello, sí capta el consentimiento, de manera que "debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra", según su artículo 1144. Habla sobre la oferta, contratos entre ausentes, la manera de perfeccionamiento de la oferta, y por ende, del contrato, vicios al consentimiento, pero nada dice sobre modalidades especiales de otorgar consentimiento además del modo básico o que por defecto entendemos como común a la hora de contratar, la presencia de negociación del contenido del acuerdo por ambas partes. El código

no regulaba nada referido a los contratos por adhesión, por lo tanto, con la aparición de las relaciones de consumo y las contrataciones en masa, el apartado contractual del código era insuficiente, pues no existía como forma específica de otorgar consentimiento la predisposición unilateral del contenido del negocio a partir del cual la otra parte solo se limita a aceptar o rechazar el acuerdo.

En base a ello la doctrina comenzó a manifestar preocupación por diversas formas contractuales no previstas en el código velezano. En base a la predisposición negocial, la doctrina cuestionó la capacidad del código para manejar las diversas figuras contractuales producto de las variantes derivadas de la realidad socioeconómica. El paradigma adaptado por Vélez no era suficiente para regular adecuadamente los contratos por adhesión, por ello comenzó la formulación doctrinal y jurisprudencial de criterios con los cuales se analizaría la norma para aplicarla a este tipo de contratos.

Gradualmente se han introducido principios rectores que pretendían proteger a la parte más débil de la relación jurídica. Los juristas llegaron al consenso de que se necesitaba incluir en el Código Civil institutos o principios que tutelen al más débil de la relación contractual, con un enfoque solidarista para corregir las desigualdades entre ambas partes. Ello se plasmó en la reforma al código de Vélez de 1968, a partir de la cual se incorporó la teoría de la imprevisión, el instituto de la lesión, abuso del derecho y principio de buena fe. Sin embargo, la incorporación del contrato por adhesión como una forma especial de manifestación del consentimiento fue recién para el nuevo y actual Código Civil y Comercial de 2015.

VI. Concepto de contrato de adhesión en el Código Civil y Comercial de la Nación

Vamos a comenzar definiendo el contrato por adhesión como

"aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción", según el artículo 984 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN). Podríamos decir que estos contratos constituyen una herramienta bastante habitual en el tráfico comercial para controlar los riesgos del negocio y acotar la responsabilidad de las corporaciones que los emiten. El legislador, al prever esta figura, asumió que no es un tipo contractual, sino una modalidad especial de prestar consentimiento, a lo cual se aborda el contrato a partir de una falta de negociación entre las partes.

Los contratos por adhesión constituyen un instrumento adecuado para la economía de masas. Por medio de ellos se produce un significante ahorro de tiempo —al evitarse la discusión acerca del contenido de sus cláusulas—, ahorro de litigiosidad —estos contratos prevén soluciones puntuales para las diferentes vicisitudes en el desarrollo de la relación jurídica— y, además, presupone facilitar la homogeneidad de la gestión empresarial al haber una uniformidad en el modo de contratación. Entonces, podemos afirmar que los contratos por adhesión son un fenómeno de la economía antes que una variante de la teoría general del contrato. El núcleo de este contrato es de carácter económico, por lo que es importante analizar cómo se entrelaza el consumo masivo de bienes y servicios en estos tipos de contratos.

Por un lado, estos contratos son una herramienta comercial muy útil para la circulación de los factores de producción, sin embargo, también constituyen un instrumento peligroso que suele ocasionar situaciones abusivas. Estos contratos son un formato jurídico típicamente empresario que fue diseñado para determinar los daños que serán absorbidos por el sector productor de bienes y servicios y los que deberían ser soportados por las víctimas (el adherente). El empresario, utilizando reglas como la libertad contractual y la

autonomía de la voluntad, se da el lujo de decidir por cuáles daños está dispuesto a responder y por cuáles no.

Entonces, recapitulando, estos contratos se desarrollan por fuera de la regla general de la autonomía de la voluntad, la configuración interna del contrato —reglas de autonomía— es predispuesta por solo una de las partes —el predisponente—, mientras que la otra se limita a decidir si contratar o no. Si la otra parte decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido, suponiendo esto una restricción al principio de libertad de contratación en perjuicio del adherente.

VI. 1. Requisitos

El artículo 985 del CCCN recepta los requisitos que deben cumplir las cláusulas del contrato por adhesión para que no se declaren nulas:

> Requisitos. Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes.
> La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible.
> Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.
> La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares.

Si se supone que el predisponente tiene la obligación de redactar cláusulas claras, serias, idóneas para ser entendidas de por sí por el adherente, ¿qué problemas hay, entonces, en los contratos por adhesión? Además de que, de todas formas, suelen estar redactados de una manera que una persona sin conocimientos medios no logrará comprender el contenido, estos contratos no suelen leerse, o si se

leen no se firman, o se firma un ejemplar que conserva solo el proveedor. No comprender el contenido del contrato y no leerlo son dos problemas igual de graves.

VI. 2. Cláusulas particulares

Si bien en general el adherente solo se limita a firmar o no el contrato, existe la posibilidad de que éste pueda negociar algunas cláusulas particulares, las cuales limitan, amplían, suprimen o interpretan una cláusula general. Estas cláusulas particulares siempre prevalecerán por sobre las cláusulas generales. Sobre esto, el artículo 986 del CCCN dispone lo siguiente:

> Cláusulas particulares. Las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas.

VI. 3. Interpretación contra proferentem

En el artículo 987 del CCCN se recepta un principio conocido como interpretación *contra proferentem* o *contra stipulatorem*, la cual establece que ante una cláusula ambigua que da origen a interpretación dudosa. Dicha cláusula se interpretará en el sentido menos favorable para quien la dispuso:

> Interpretación. Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente.

¿Qué es una cláusula "ambigua"? Básicamente, una estipulación que pueda permitir dos o más interpretaciones jurídicas o judiciales

distintas, en beneficio de una u otra parte. Entonces, además de que el contenido de la cláusula deba ser fácilmente comprensible, el contenido de ésta también debe serlo. La ambigüedad de las cláusulas no pasa solo por su redacción, sino también por su contenido. Los proveedores o estipulantes suelen incluir cláusulas ambiguas en su contenido, pero no en su redacción. Para que una cláusula no sea ambigua debe reunir una descripción clara y precisa de las limitaciones, características y modalidades del producto que se pretende comercializar, o del acuerdo entre partes.

VI. 4. Cláusulas abusivas

Se interpreta el artículo 988 del CCCN en conjunto con el artículo 37 de la Ley 24240 de Defensa de Consumidor (LDC). Las cláusulas abusivas están dadas por un desequilibrio entre derechos y obligaciones de ambas partes sin que medie una justificación legal al respecto. Estas cláusulas establecen ventajas para una de las partes en perjuicio o desmedro de la otra. Se trata de estipulaciones que establecen privilegios para una de las partes que, al tiempo, perjudican a la otra de manera ostensible. Ahora analizaremos el artículo 988 del CCCN en conjunto con el artículo 37 de la LDC:

> Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

En primer lugar, se menciona como cláusula abusiva toda aquella que tienda a desnaturalizar las obligaciones del predisponente, procurando proteger la equidad y equilibro razonable entre los derechos

y obligaciones de ambas partes. Debe existir un equilibrio, preservarse la equidad y la buena fe.

En segundo lugar, se menciona toda cláusula que importe una renuncia o restricción de los derechos del adherente, o amplíen los derechos resultantes de normas supletorias del predisponente. Se incluye para evitar que en pretexto de ejercer libertad contractual una de las partes renuncie forzosamente a derechos o exima, también a la fuerza, al estipulante de cumplir con obligaciones que debe asumir naturalmente por ley. Este supuesto se parece mucho al inciso b) del artículo 37 de la LDC: "Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte". Aquí interviene directamente el principio de la autonomía de la voluntad, disposición busca evitar que esa regla se aplique de forma invertida o en abuso del derecho, perjudicando al adherente.

En tercer lugar, prevé como abusiva toda cláusula que por su contenido, redacción o prestación no fuese razonablemente previsible. Una cláusula es "sorpresiva" cuando los efectos que de ella resultasen perjudiciales y notoriamente inesperados para un cliente común. Es una cláusula que cuya característica es su capacidad de sorprender a un gran número de potenciales adherentes, quienes pueden quedar entrampados en un abuso en caso de firmar el acuerdo.

Para que una cláusula sea sorpresiva no basta con que haya un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, sino que se necesita que dicha cláusula sea, además, insólita e inimaginable para el adherente. Si bien la norma exige que desnaturalice las obligaciones del predisponente y que no fuesen razonablemente previsibles, los jueces deben fallar a favor del adherente, ya que en caso de duda o incertidumbre debe aplicarse el criterio más benéfico para el usuario (artículos 3 de la LDC y 1094 y 1095 del CCCN).

VI. 5. Integración judicial del contrato

Hay ciertos contratos celebrados por adhesión que previo a su salida al mercado requieren de algún organismo de control que los revise o que verifique que no tienen cláusulas abusivas. El artículo 989 del CCCN fue recientemente modificado por el DNU 70/23. Antes disponía que "cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad", mientras que ahora enuncia que "la aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial".

Se quitó la posibilidad del juez de declarar nulidad e integrar el contrato con una cláusula equitativa y no abusiva, ya que si el contrato no puede subsistir con la cláusula anulada no se trata de una nulidad parcial sino total. Entonces, si el contrato no puede funcionar sin esa cláusula, no corresponde declarar solo la nulidad de la cláusula (parcial), sino que debería anularse todo el contrato (total).

VII. Algunos casos de jurisprudencia actual de nuestra Corte Suprema y Cámara sobre contratos de adhesión

La Corte Suprema nos brinda un nuevo precedente medular, preciso y visionario. Superando las estructuras mentales ajustadas al derogado Código Civil (CC), efectúa una interpretación dinámica, comprometida, pero por sobre todas las cosas, sensata.

Un proceso colectivo que desnuda, una vez más, los abusos desembozados de un sector del sistema financiero, que en el presente caso llega al extremo, tal como lo señala el Tribunal, de desnaturalizar el objeto mismo del contrato de caja de ahorro, nacido precisamente

como un espacio para fomentar una vieja práctica ya olvidada en la sociedad de consumo, de ahorrar (es decir, esforzarse) en forma previa a acceder a un bien.

Ese negocio originario del sistema financiero, de ofrecer una cuenta a la vista, que a su vez brindaba una tasa de interés destinada a fomentar el ahorro y atraer a la clientela para que se atreviera a depositar sus fondos en la entidad (y donde la ganancia del banco se concentraba en el *spread* generado con la tasa activa que percibía, producto de prestar esos fondos a terceros), progresivamente a los bancos les fue dejando sabor a poco.

Es que producida la bancarización a mediados de la década del 90 y obligados los trabajadores y empleadores a pasar por el sistema financiero cada fin de mes para pagar y cobrar respectivamente los haberes, resultaba entonces innecesario seducir a la clientela para que en lugar del "colchón" eligiera ahorrar en los bancos. Su dinero ya no era suyo. Ahora es de las entidades, donde descansa hasta ser trasladado inmaterialmente a otra cuenta algorítmica.

De tal manera, poco a poco, y por costumbre, miedo, o simplemente, cotidianeidad, la gente empezó a dejar su salario en las arcas de los bancos, recibiendo a cambio la credencial de "ciudadano del sistema", que no era otra que la tarjeta de débito —acompañada siempre en un combo inescindible por las de crédito—, con las cuales se logró convertir al trabajador en un consumidor eternamente endeudado, rompiendo con el plástico los límites físicos al deseo que le imponían los "malditos" billetes, y así entonces, con este escenario, ¿para qué seguir pagando tasas de interés atractivas, si el dinero igualmente habría de quedarse allí, en las bóvedas?

El primer avance consistió, entonces, en reducir las tasas de interés hasta porcentuales casi inexistentes. Al fin y al cabo, ¿por qué habrían de pagarle a la población, si en verdad le estaban haciendo el "favor" de prestarle un servicio?

Sin embargo, ya en 1988, años antes de que se sancionara la Ley

24.240, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en los autos "Brandan, Luis B. c. Plan Ovalo S.A." enseñaba que

> al ser la aprobación una medida de policía, exigida en función de la protección de los suscriptores, y, también, de las entidades administradoras, para evitar una competencia desenfrenada que traería como consecuencia la autodestrucción de todo el sistema; aquel acto administrativo puede considerárselo válido, aun cuando la aprobación administrativa no sea óbice para que este tribunal llegase a anular alguna de las cláusulas aprobadas.

Es decir que, aún antes de la llegada de la Ley de Defensa del Consumidor, el Poder Judicial ya había dejado sentado que las cláusulas aprobadas por la autoridad administrativa podían ser revisadas en sede judicial sin límite alguno.

En tal sentido, la ya por entonces brillante magistrada Aída Kemelmajer de Carlucci, desde su Suprema Corte mendocina, en el mismo año enseñaba que

> No empece a lo expuesto el que las condiciones generales de la póliza hayan sido aprobadas por la Superintendencia General de Seguros. No es ajena la discusión que sobre el tema ha existido en el derecho comparado; es verdad que autores de la jerarquía intelectual de Ascarelli, Zanobini, Polo, etc., han sostenido que la aprobación administrativa convierte a las condiciones generales en normas jurídicas vinculantes para la empresa y para quienes con ella contratan. No obstante, la solución que propongo no se encuentra huérfana de apoyo doctrinal. Así García Amigo ("Condiciones generales de los contratos", Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1969) De Castro Bravo, Federico ("Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", p. 15, 2ª, ed. Civitas, Madrid), etc. explican que la aprobación administrativa solo significa que el órgano administrativo no tiene nada que oponer a dichas condiciones generales, pero esta función de vigilancia preventiva, no supone una delegación de facultades que permita, sin más, elevar al plano legislativo las condiciones generales redactadas por

una empresa, ni que les dé eficacia para derogar las disposiciones legales imperativas que la contradigan. Sí podría sostenerse que la aprobación de las condiciones generales convierte a éstas en cláusulas "administrativamente" vinculantes para el asegurador, pero nunca para el asegurado. Este es el criterio, según los mencionados autores, de los Superiores Tribunales de España y Alemania (Conf. en lo fundamental Stiglitz, Rubén S. y Stiglitz, Gabriel, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, p. 249, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985).

En consecuencia, nuestros Tribunales eran contestes ya en la década del 80, y a través de palabras autorizadas como la de los ilustres jueces que integraban —y aún hoy algunos de ellos lo hacen— los imponentes tribunales citados en los fallos transcriptos, la aprobación administrativa no era un valladar insuperable para que la magistratura efectuase el control correspondiente de las cláusulas abusivas.

Hoy este criterio se ha normativizado, y la Corte Suprema hace gala en su resolución.

VIII. Principios jurídicos rectores para la interpretación de los contratos de adhesión

Nuestro propósito es continuar un trabajo comenzado y presentado en el Encuentro de Institutos de Derecho Romano de la República Argentina que se llevó a cabo en 2025, en el cual abordamos la problemática de los contratos de adhesión y tratamos de indagar si en Roma hubo alguna figura con similitud a dichos acuerdos.

Es así que llegamos a una modalidad especial de contratar los espacios o locales destinados a almacenes de ventas de artículos varios, que estaban asignados a un administrador o cuyo propietario oficiaba de administrador y establecía cláusulas genéricas a las cuales

el locatario debía adherirse sin modificar contenido alguno. Esto según el análisis de distintos especialistas que hemos consultado y analizado en profundidad, cuya tesitura consideramos que genera un precedente en tiempos remotos de lo que hoy llamamos contratos de adhesión.

En esos contratos en realidad regían algunos parámetros similares al resto de los contratos consensuales, y estos se han trasladado a la actualidad.

Algunos de los principios que hemos enunciado se extraen de los papiros descubiertos en Egipto, que han aportado un invaluable material de estudio para el derecho de Roma. La digitalización de estos textos permite acceder a una nueva forma de trabajo y de análisis, simplificando el acceso a los documentos originales y permitiendo un estudio más profundo y cercano en los tiempos sobre la contratación romana y su implicancia en la contratación actual, en especial en los contratos de adhesión.

Tanto en la antigüedad como en la actualidad, el contrato de adhesión busca eliminar las dificultades que presentan las negociaciones con los clientes, contribuyendo a acelerar la conclusión de los acuerdos de voluntades, es decir, facilitando y garantizando el intercambio de bienes y servicios que necesita una sociedad.

En el moderno tráfico mercantil, buena parte de los contratos instrumentan en cuasi formularios tipos que contienen una serie de condiciones genéricas impuestas unilateralmente por una de las partes, que habitualmente está en la situación de privilegio, y otra a la que debe adherirse necesariamente si quiere contratar. Esto es lo que se configura en la actualidad como contrato de adhesión. Ejemplos de estos son los contratos con telefónicas, con las entidades bancarias por las tarjetas crediticias o con la prestación de determinados servicios, por ejemplo de luz o internet, en los cuales el consumidor no puede expresar o incorporar cláusula alguna que modifique las condiciones genéricas de dicho contrato.

Por ello es que resulta trascendente su interpretación a la luz de

los principios rectores que hemos enunciado precedentemente y que devienen del derecho romano, receptados por el código velezano y perdurables en nuestro Código Civil y Comercial complementado con la Ley de Defensa al Consumidor.

En relación al principio de buena fe lo podemos ver plasmado, entre otros tantos fragmentos, en D. 50. 17. 75, que literalmente dice: *"Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam"* ("Nadie puede cambiar su propio designio en perjuicio de otro").

El primer principio que podríamos destacar que rige en los contratos de adhesión actuales es el de la buena fe, ya tratado en reiteradas oportunidades y del cual nada nuevo podríamos aportar. Solo destacar que, en la actualidad, estos contratos de adhesión en su apreciación ante situaciones de conflicto son un principio rector, que establece la obligación de interpretar la cláusula de manera justa y equitativa, protegiendo al adherente frente a los abusos. Esto se expresa con total claridad en el contenido de la Ley de Defensa del Consumidor, la cual expresamente prohíbe cláusulas abusivas agregando la exigencia de un trato digno y equitativo para el consumidor.

Este principio se podría completar con una regla de interpretación proadherente, "*In dubio contra stipulatorem".* Esa regla de interpretación que hemos indicado anteriormente es la guía central en materia de interpretación de los contratos de adhesión, pues protege al adherente, el cual no pudo expresar voluntad alguna sino aceptar lo que ya estaba preestipulado.

Otro principio que se aplica dentro de las concepciones de nuestro nuevo Código Civil y Comercial y en la Ley de Defensa del Consumidor es que los contratos de adhesión deben evitar que se impongan cláusulas que limiten o eliminen derechos irrenunciables del consumidor.

Del mismo modo, el adherente debe recibir un derecho menor o igual al que posee el oferente, por lo cual se aplica lo dispuesto en D. 50. 17. 54, fragmento de Ulpiano ampliamente conocido que literalmente dice: *"Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam*

ipse haberet" ("Nadie puede transferir a otro más derecho que el que el mismo tenga").

Este principio establece la obligación de interpretar la cláusula a favor de los más débiles, protegiendo al consumidor frente a los abusos, tal como expresa el capítulo IX, "De los términos abusivos y clausulas ineficaces", de la Ley de Defensa del Consumidor, que prohíbe cláusulas abusivas, agregando la exigencia de un trato digno y equitativo:

> Artículo 37. Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:
> a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
> b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
> c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.
> La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.
> En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.
>
> Artículo 38. Contrato de adhesión. Contratos en formularios. La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente

> por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido.
> Todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública y privada, que presten servicios o comercialicen bienes a consumidores o usuarios mediante la celebración de contratos de adhesión, deben publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir.
> Asimismo deben entregar sin cargo y con antelación a la contratación, en sus locales comerciales, un ejemplar del modelo del contrato a suscribir a todo consumidor o usuario que así lo solicite. En dichos locales se exhibirá un cartel en lugar visible con la siguiente leyenda: "Se encuentra a su disposición un ejemplar del modelo de contrato que propone la empresa a suscribir al momento de la contratación.
> (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.266 B.O. 17/8/2016.)
>
> Artículo 39. Modificación Contratos Tipo. Cuando los contratos a los que se refiere el artículo anterior requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, ésta tomará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación.

En nuestro Código Civil y Comercial los contratos por adhesión están regulados desde el artículo 984 al artículo 989.

En el artículo 984 se define lo que es el contrato de adhesión, y posteriormente en los artículos siguientes se establecen los requisitos y se especifica el caso de las cláusulas (artículo 986). El artículo 987 se refiere a la interpretación con respecto a las cláusulas ambiguas que han sido impuestas por una de las partes. Se interpretan, señala el citado artículo, en sentido contrario a la parte predisponente. Los artículos siguientes aplican disposiciones atinentes a la buena fe, ya que se opone a las cláusulas abusivas, las que se tendrán por no escritas, y prevé dos hipótesis señalando literalmente:

> Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección se deben tener por no escritas. A) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del

> predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente amplían derechos del predisponente que resultan de normas suplentes; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

El artículo 989 se refiere expresamente al control judicial de las cláusulas abusivas dándole facultad al juez de control:

> Control judicial de las cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez decida la nulidad parcial del contrato simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad.

Los principios enunciados precedentemente que devienen del derecho romano se hacen presente en estos tipos contractuales a pesar de su particularidad, y la jurisprudencia argentina recientemente ha receptado estos principios aplicándolos expresamente a estos tipos contractuales, tal lo podemos apreciar en autos:

> Kloosterman Marcos Andrés C/Fincas de San Vicente Club de Chacras S.A. S/Sociedades – Acciones derivadas de la Ley, con fecha 05-12-2023 la Sala 2da. de esta Cámara Segunda, en la causa 135813 revocó la sentencia apelada en lo que ha sido motivo de recursos y agravios; como así también admitió el daño moral reclamado. Para así decidir consideró, que el régimen de contratos por adhesión aplica a todo tipo de convenios sean éstos de consumo o no. Asimismo, señaló que, en los contratos de adhesión, la predisposición unilateral del contenido impide acudir a criterios subjetivos de interpretación como podría ser la intención común de los contratantes mediante la reconstrucción del pensamiento y de los propósitos de los autores de la regla contractual. Por ello la necesidad de que la categoría negocial en examen, en cuanto a su sentido y alcance, sea analizada bajo directivas predominantemente objetivas. Igualmente, se expuso que, en los contratos de adhesión, es el predisponente quien debe asumir los riesgos de

una defectuosa declaración. Su fundamento está dado en que es él quien dispone de los medios a su alcance para evitar toda duda por no haberse expresado con claridad. Y las consecuencias no son otras que la eliminación de la cláusula dudosa u oscura o su interpretación contraria a los intereses del predisponente, conforme así lo dispone expresamente el art.987 del CCC.

IX. Conclusión

Como conclusión podemos señalar que el derecho romano no tenía la idea del contrato por adhesión como la entendemos en la actualidad, si bien existían acuerdos que se asemejaban a esta idea, ya que una parte establecía las cláusulas y las características del contrato imponiendo sus términos a la otra. Es así como sostiene una investigación del profesor Alessandro Cassarino referida a los contratos de arrendamientos de almacenes destinados a actividades comerciales.

En esos contratos de arrendamiento, que llevaba a cabo el administrador de esos locales que se ofrecían para instalar puestos comerciales, se preestablecía un formato al cual el futuro locatario debe adecuarse. Esta modalidad, aplicada para los almacenes, era relevante por la importancia que éstos tenían en la Roma republicana tardía, y contaban con una seguridad privada permanente para custodiar el ámbito donde se desempeñaba la actividad comercial. La cuestión es tratada en D. 19. 2. 60. 9.

Lo relevante de estos tipos contractuales es la inclusión de cláusulas unilaterales a las que el arrendatario simplemente se adhería. Otros fragmentos del Digesto hacen referencia a la similitud de contratos, en especial para determinar la responsabilidad del administrador por cosas de valor que hubiesen sido introducidas en ellos y por una cláusula establecida previamente se lo libera de responsabilidad al propietario.

Esta cláusula formaba una parte integrante del contrato al cual debían adherirse sin discusión alguna los arrendatarios, por lo que se advierte la similitud con los contratos de adhesión actual.

¿Es el derecho romano fuente del derecho argentino?

José María Monzón[776]

I. Cuestiones preliminares

Existen frases en el lenguaje cotidiano que se aceptan sin un examen de lo que ellas aseveran. Una de éstas, difundida en el ámbito de la cultura legal argentina, es la que dice que el derecho romano es fuente del derecho argentino sin ninguna otra consideración. Pero, a pesar de su extensa difusión y aceptación, un estudio detenido de esta afirmación muestra la necesidad de realizar algunas aclaraciones. En primer lugar, no se dice a cuál derecho romano se refiere,[777]

---

[776] Abogado (Universidad Católica Argentina). Doctor en Derecho (Universidad John. F. Kennedy). Profesor consulto adjunto de Teoría General y Filosofía del Derecho, (Universidad de Buenos Aires). Investigador permanente (Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires).

[777] "La romanística italiana contemporánea ha puesto en discusión la denominación "derecho romano". En el marco de una reflexión encaminada a considerar al derecho como una realidad integralmente histórica, iniciada en esta Universidad de Génova por el profesor Orestano, cuyo curso Introducción al estudio histórico del Derecho Romano inició precisamente aquí hace cuarenta años y del cual emanó un llamado a la pluralidad de significados que se incluyen con tal denominación. Ésta es una

o sea, no se indica a cuál período histórico ni se tiene en cuenta su evolución. Segundo, no se toma nota de las transformaciones de la cultura legal contemporánea y de los sistemas legales, los cuales exhiben dos tendencias jurídicas crecientes, una dirigida a crear un derecho global y otra encaminada a profundizar la americanización del derecho, las que desplazarían al derecho romano como fuente. Y tercero, si nos circunscribimos al ámbito latinoamericano se observa la integración realizada por algunas constituciones políticas de los derechos indígenas, lo que plantea el problema de las fuentes.

Con base en estas notas notamos la necesidad de partir de la cultura legal moderna de modo de poder analizar si está fundamentada la frase que sostiene que el derecho romano es fuente del derecho latinoamericano y, por ende, del argentino. Luego, a fin de esclarecer esta cuestión corresponde empezar por develar qué lugar ocupa el derecho romano en Latinoamérica, para lo cual se debe indicar previamente a qué derecho romano nos referimos. A tal fin citamos lo escrito por el profesor Catalano (1991) hace unas décadas atrás:

> La base cultural de la unidad (en América Latina) debe verse en un "bloque" romano ibérico-precolombino. El sistema recibió su forma del derecho romano (a través del "derecho común americano" y después la "transfusión" en las codificaciones), pero también del "mestizaje" de la tradición romanística con las instituciones precolombinas.[778]

---

lección que no puede ser ignorada (…)". SCHIPANI, S. (2006). El derecho romano en el Nuevo Mundo. En D. Esborraz (Coord.) *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del derecho. Cuadernos del Curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina* (p. 207). Porrúa/Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma "Tor Vergara".

[778] CATALANO, P. (1991). Identidad jurídica de América Latina: derecho romano y sistema latinoamericano. *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, *(15)*15, 111.

La importancia de esta cita se centra, sobre todo, en un anhelo que desde el siglo pasado comparte un sector de los romanistas y los comparatistas en Italia y América Latina: construir un *ius commune latinoamericano*, una tarea que requiere corregir las ideas vulgares que se tiene del derecho romano, como la frase que expusimos al comienzo de este acápite. Sin embargo, para lograr tal finalidad se precisa previamente renovar y actualizar los estudios romanísticos partiendo de lo expuesto por Catalano: el examen del bloque romano ibérico-precolombino, de modo de saber si es posible edificar un *ius commune latinoamericano*,[779] o es simplemente un *wishful thinking*.

Porque, por un lado, como indicamos precedentemente, hubo cambios legales y políticos significativos en la región en las tres últimas décadas, y por otro, hay un dato relevante señalado por Hinestrosa Forero (2013): los derechos modernos tienden, "cada vez más, a apartarse de la tradición romanista, y que los contemporáneos anhelan independencia plena; o quizá, nuestro continente (latinoamericano) con esa proclamación, cambiar de norte".[780]

En resumen, la construcción de un *ius commune latinoamericano* depende más del poder político, que de la voluntad y del saber de los juristas. Por lo tanto, si queremos edificar un *ius commune latinoamericano* acorde a la historia argentina y latinoamericana, y

---

[779] "(…) el romanista no puede conformarse con ser un jurista *ad intra* del propio texto, sino también un indagador *ad extra* de las estrictas construcciones jurídicas, que no pueden contemplarse sin sus elementos constitutivos en sentido pleno: sin su ambiente, mucho más que un color o un accidente". CASTRO SÁENZ, A. (2002). Metodología y ciencia jurídica: hacia un concepto de derecho romano. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (24), 30. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552002002400001.

[780] FORERO HINESTROSA, F. (2103). Derecho romano, tradición romanista y América Latina. *Revista de Derecho Privado*, (25), 5. https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3593/3687.

saber si este derecho sigue siendo fuente del Derecho Latinoamericano y Argentino, importa indagar dos cuestiones que, en la práctica, van unidas:

a) el lugar que tiene el derecho romano en los sistemas legales actuales latinoamericanos, considerando la creciente americanización de éstos, y
b) la opinión de quienes piensan que el derecho Romano es una antigüedad, innecesario en el marco actual del desarrollo económico capitalista el que necesita un derecho que satisfaga las necesidades de las relaciones negociales internacionales y locales, y que pareciera el derecho romano no lo hace.[781]

Empero, junto a estos temas interesa destacar una circunstancia favorable: el *revival* del derecho romano que se comprueba en algunas corrientes actuales del pensamiento jurídico europeo y latinoamericano, las que van en sentido contrario a quienes sostienen una visión estrecha de esta rama. Una es la de quienes manifiestan desde el siglo pasado una reivindicación del derecho romano,[782] que, en el caso europeo, va atada a la búsqueda de construir un *ius commune*,[783] y otra

[781] "Para las gentes que se mueven en los grandes negocios, que se desenvuelven a lo largo y ancho del planeta con medios electrónicos, en una lengua común a despecho de la diversidad de meridianos y paralelos, ¿qué puede significar el cultivo de un derecho que llegó a su cúspide dos mil años atrás, y cuyos textos quedaron petrificados hace mil quinientos, así hayan sido sucesivamente reinterpretados como una especie de verdad revelada o de *ratio scripta*?". FORERO HINESTROSA, *op. cit*., p. 3.

[782] SHERMAN, C. P. (1911). The Nineteenth Century Revival of Roman Law Study in England and America. *Green Bag*, (23), 624.

[783] STOLLEIS, M. (2009). Europa como comunidad de derecho. *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, (10), 483. https://

mencionada por Domingo (2017), tendente a que sobre las bases del derecho romano se pueda construir un derecho global.

> According to a new approach, Roman law, as an icon of unity that goes beyond national boundaries, offers the background and the theoretical method for building up a European private law (…) The most important function of Roman law in the twenty-first century will be its instrumental value in the development of the new global law. The transformation of the law that governs our international community of nation-states (international law) into a law that is capable of properly ordering the whole human community (global law) requires the creation of a new legal paradigm. Following the Roman classification of persons, things, and actions, this new paradigm should substitute humanity as a whole for the "person," downgrade the generic concept of "things" to global issues that affect humanity, and shift the focus of the concept of "action" to that of a global rule of law. In the construction of this new global paradigm, Roman law can play a key role.[784]

Como se observa, esta extensa cita sirve para demostrar el valor actual del derecho romano y exponer cuáles deben ser los puntos de investigación que deben guiar los estudios actuales de este derecho, y que estimo son los siguientes: en primer lugar, la obligación ineludible de los romanistas de elaborar nuevos argumentos para

---

doi.org/10.17811/hc.v0i10.242 ; ROBLES REYES, J. R. (2021). La huella del *ius commune* en los fueros jurisdiccionales de la Unión Europea en materia civil y mercantil. En C. LÓPEZ RENDO RODRÍGUEZ & J. GARCÍA SÁNCHEZ (Coords.) *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo* (pp. 23-46). Universidad de Oviedo.

[784] DOMINGO, R. (2017). The Revival of Roman Law and the European Legal Tradition. *Emory Legal Studies Research Paper*, (28).

justificar la relevancia de este derecho como fuente jurídica;[785] segundo, la necesidad de destacar el carácter esencial que tienen sus conceptos;[786] tercero, la relevancia otorgada a los jurisconsultos;[787] y cuarto, su aprecio como factor de unidad jurídica frente al auge de los derechos nacionales o locales.

En función de examinar estos puntos conviene partir de una perspectiva interdisciplinar de investigación del derecho romano que lo

---

[785] "El sistema latinoamericano, según las conclusiones a que hemos llegado en nuestras investigaciones realizadas en colaboración con juristas latinoamericanos, españoles y alemanes, está caracterizado por una mezcla del Derecho Romano Ibérico con el Derecho Indígena". THEMIS (1985). *Entrevista a Pierangelo Catalano*, (3), 4.

[786] LESAFFER, R. (2005). Argument from Roman law in current international law: Occupation and acquisitive prescription. *European Journal of International Law*, *16*(1), 25-58.

[787] "One may be a clever and a successful practitioner of law without having studied Roman law, and, so far as I know, a knowledge of Roman law is required for admission to the bar of only two of our states.' But such a knowledge is essential to the legal scholar, to the philosophic jurist, to the scholarly lawyer, who wishes to understand the genesis and the growth of legal science and institutions and who desires to acquire a real insight into the universal and underlying principles of jurisprudence, since for centuries the science of law which we call jurisprudence was Roman law". COLEMAN-NORTON, P. R. (1950). Why Study Roman Law? *Journal of legal education*, *2*(4), 473; RE, E. (1960). The Roman Contribution to the Common Law. *Fordham L. Rev.*, (29), 447; "The famous aphorism of Oliver Wendell Holmes, Jr. in his lectures on The Common Law, "the life of the law has not been logic; it has been experience," was itself derived indirectly from Roman law. Holmes went on to say, "it is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all.... The law... cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics"". STEIN, P. (1994). Interpretation and legal reasoning in Roman law. *Chi.-Kent L. Rev.*, (70), 1556.

analice como hecho cultural,[788] porque así se comprende su trascendencia más allá de su espacio y tiempo, y cómo su vigencia depende de la cosmovisión vigente en una cultura,[789] imprescindible actualmente en el caso latinoamericano porque se han integrado los derechos indígenas en las constituciones políticas de varios Estados.

En suma, creo que los puntos indicados precedentemente (la relevancia del derecho romano como fuente jurídica, el valor de sus conceptos, la relevancia otorgada a los jurisconsultos y su importancia como factor de unidad jurídica) ayudan a entender la importancia del derecho romano como fuente jurídica. Por consiguiente, el objetivo de este trabajo será investigar si el derecho romano a partir de los temas señalados continúa siendo fuente del sistema jurídico latinoamericano y, en particular, del derecho argentino, en el marco de las circunstancias históricas, políticas y legales presentes en Latinoamérica.

II. Acerca de si el derecho romano es fuente del derecho argentino actual

Si el derecho romano sigue siendo fuente del derecho argentino es una pregunta que debe hacerse después de la reforma del Código Civil y se puede extender al resto de los países latinoamericanos. La

[788] MEZEY, N. (2001). Law as culture. *Yale JL & Human.*, (13), 35; RILES, A. (2005). A new agenda for the cultural study of law: Taking on the technicalities. *Buff. L. Rev.*, (53), 973; MAUTNER, M. (2010). Three approaches to law and culture. *Cornell L. Rev.*, (96), 839.

[789] NOWAKOWSKA-GLUSZAK, A. (2011). Aplicación de la noción de visión del mundo en el análisis del lenguaje jurídico. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (29), 631-644.

razón de esta pregunta son los cambios habidos en la filosofía y la antropología contemporánea que ha modificado no solo la concepción de ser humano, sino también la precepción que se tiene de la naturaleza. De ahí la necesidad de adentrarse en la discusión que existe en nuestra época acerca de las fuentes del derecho.

Para empezar acerca de este tema, Jácome (2006) opina lo siguiente:

> Los debates teóricos que se han presentado sobre las fuentes del derecho aplicables a los casos tienen unas importantes implicaciones prácticas en la forma como los abogados percibimos la estructura de nuestro ordenamiento jurídico (…) existen por lo menos dos teorías distintas sobre las fuentes del derecho y (…) los debates que se han dado pierden de vista que el principal problema en los sistemas jurídicos contemporáneos es que no hay un acuerdo absoluto sobre la jerarquía y prelación de sus fuentes.[790]

Queda claro a partir de esta cita que la importancia del debate radica en la finalidad práctica que tiene determinar la jerarquía y la prelación de las fuentes jurídicas por cuanto se relacionan directamente con el razonamiento que hace el juez en función de solucionar una controversia. Por eso, es esencial examinar la argumentación con la cual resuelve el conflicto y las fuentes a las cuales acude, sin obviar que "no hay un acuerdo absoluto sobre la jerarquía y prelación de sus fuentes". En este marco, ¿el derecho romano es fuente de un derecho argentino?

A fin de responder conviene remitirse a las observaciones realizadas por Jácome (2006) sobre cómo argumenta la Corte Constitucional

[790] JÁCOME, J. G. (2006). El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica. *Vniversitas*, *55*(112), 267. https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14650

colombiana, las que pueden extenderse a otros tribunales. Éste dice lo siguiente:

> En las argumentaciones de la Corte Constitucional se pueden distinguir dos prácticas paradigmáticas de citación de fuentes por parte de este tribunal. La primera de ellas obedece a casos en los cuales la Corte abre su perspectiva de las fuentes y deja ver el sesgo ideológico de sus fallos cuando acude a autores doctrinales particulares. En la segunda de ellas se puede observar un mayor control de sus argumentos a través de fuentes tradicionales del derecho. Escritos de autores de filosofía, psicología y teoría jurídica son fuentes predilectas en el primer paradigma, mientras que la Constitución, ley y jurisprudencia son las del segundo: las dos prácticas paradigmáticas se pueden combinar en una misma sentencia.[791]

De las dos prácticas mencionadas nos interesa la que se refiere a las fuentes tradicionales del derecho. En este caso, ¿entra el derecho romano como fuente tradicional? Una primera aproximación de respuesta nos remite al trabajo del conocido romanista Sandro Schipani (2006), cuyo texto "El Derecho Romano en el Nuevo Mundo" es una guía para empezar a resolver las dificultades que presenta la concepción del derecho romano como fuente. En esa obra, Schipani destaca la relevancia del curso de *Introducción al estudio histórico del Derecho Romano* del profesor Orestano, quien inicia "un llamado a la pluralidad de significados que se incluyen con tal denominación".[792] Interesante observación que conduce a indagar acerca de qué derecho romano se habla cuando se habla de derecho romano.

Por suerte no estamos ante un problema sin solución, y es Orestano quien nos ayuda a resolverla. Para este jurista es necesario

[791] JÁCOME, *op. cit.*, p. 269.

[792] JÁCOME, *op. cit.*, p. 269.

"verificar el análisis, en las fuentes, de las condiciones del uso de la denominación *ius Romanum*, diferenciando analíticamente los diversos contextos textuales y metatextuales en la que ella se encuentra".[793] Para Catalano esto comporta "relucir el valor técnico que en esta denominación se ha fijado para la elaboración del Derecho hasta Justiniano",[794] quien, según Schipani, "ha demostrado que en las mismas fuentes el concepto de *ius Romanum* tiene una función sistemático-histórica de unificación de los *iura Romana* en devenir expansivo".[795]

En ese contexto importa destacar el lugar del derecho germánico por cuanto "constituye el segundo gran tronco sobre el que se asienta el pensamiento jurídico europeo",[796] así como la influencia de la cultura jurídica bizantina presente "en la parte correspondiente a las provincias, hoy naciones, orientales europeas (…) en su legislación y en la práctica política de estos países, a lo largo de su historia, hasta nuestros días".[797]

Pero si nos ceñimos a describir qué es el derecho romano interesa citar lo expuesto por Castro Sáenz (2002), quien dice que este derecho es el conjunto de soluciones dadas por un pueblo para afrontar sus intransferibles problemas como sociedad: un espacio en el tiempo. Yendo más allá en esa línea, el conjunto de soluciones dadas por un pueblo, éste en concreto que terminan por trascenderlo y sobrevivirlo no solo mientras duró la grandeza del edificio político romano, sino mucho después, hasta nuestros días, a través

---

[793] ORESTANO cit. en SCHIPANI, *op. cit*., p. 208.

[794] CATALANO cit. en SCHIPANI, *op. cit*., p. 208.

[795] *Ibidem.*

[796] DE BUJÁN, A. F. (2016). Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: *Ius romanum. Ius commune. Common law. Civil law*. *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, (13), 277.

[797] DE BUJÁN, *op. cit*., p. 278.

del fenómeno cultural de la recepción y aún más allá en el bies de la realidad filosófica de su rara perfección como gran obra humana.

Si bien puede no satisfacer esta definición, lo que importa es que ella contiene elementos relevantes para perfilar por qué transciende a su época. En este sentido, parece oportuno decir que a este derecho como a todo derecho hay que entenderlo también como un sistema de valores,[798] lo que explica por qué adquirió la vigencia que hoy vanamente se discute o se niega. Por eso, se puede sostener que el derecho Romano es más una fuente de principios y de valores que de normas.

Esto se nota cuando examinamos al Derecho Romano a partir de la tradicional distinción entre fuentes materiales y fuentes formales del derecho, de las cuales nos interesan las primeras porque "la economía, la política, la sociología, la presión de la comunidad internacional, la moral y los ideales de justicia de una sociedad pueden ser razones para que se profiera el derecho".[799] Es lo que hizo el derecho romano al introducir en el pensamiento y la práctica jurídica nociones éticas como las de *humanitas, aequitas* y *bona fides*,[800] conceptos

---

[798] CASTRO SÁENZ, *op. cit*., pp. 32-33.

[799] JÁCOME, *op. cit*., p. 286.

[800] "La *humanitas* pasa a ser entonces el nombre que toma la *aequitas* como expresión de *benignitas,* de *pietas*, de *charitas.* Por influencia del cristianismo, y a fin de eliminar la equivocidad que tenía hasta entonces la palabra *humanitas*, Justiniano terminaría hablando de una *nova humanitatis ratio*, subrayando así la aportación cristiana a la configuración de un orden nuevo de relaciones humanas. Apoyándose en motivos religiosos, Justiniano mantuvo siempre la intención de consolidar la posición de la *aequitas naturalis* sobre bases verdaderamente permanentes, con el fin de hacer desaparecer los antiguos principios de un *ius civile* fundado sobre el nacionalismo y tomar en serio la igualdad de todos los hombres ante Dios." IRIGOYEN, M. (2022). La humanidad del esclavo en el Derecho Romano. *Iter*, (10), 214. https://revistas.umce.cl/index.php/iter/article/view/1810

juridizados cuyo contenido está influenciado primero por la filosofía griega y luego por el cristianismo.

Esta apreciación se esclarece con el estudio de su evolución. Al respecto se distinguen tres períodos básicos que, a veces, conviven: primero jurisprudencial, luego legislado, y finalmente, profesoral, lo que significa que se pasó de un derecho vinculado a la realidad, o sea, a la solución de los conflictos cotidianos, por obra de los jurisconsultos, a uno elaborado desde el poder de quien gobierna, sobre todo con las codificaciones, lo que se evidencia en Justiniano, finalizando con uno que surge de la tarea académica, más abstracto y vinculado a cuestiones ajenas a las funciones atribuidas al derecho, lo que se percibe con la forma descontextualizada con que, a veces, se enseña y explica este derecho, que hace que se lo considere irrelevante para resolver las controversias jurídicas modernas.[801]

Pero esta idea se desvanece al investigar, por ejemplo, el fundamento de los derechos humanos, ya que un elemento nuclear de esos derechos es el de *humanitas*, que en el derecho romano "penetra con firmeza, al calor de la doctrina estoica, primero, y de la religión cristiana, después, la jurisprudencia llega a reconocer el derecho del esclavo a la vida, a la integridad personal y moral".[802] Y esto ocurre por obra de Marco Aurelio, quien en el año 176 d. C. restaura "las cuatro escuelas de filosofía en Atenas, y así reafirma el papel que habían tenido hasta su cierre por los romanos en el año 86 a. C.".[803]

---

[801] "Hoy el derecho romano va siendo paulatinamente relegado. En cuántos planes de estudio suplantado por la sociología jurídica; en muchos otros reducido a un capítulo más en la historia del derecho, sin que en tal determinación administrativa hayan dejado de influir prejuicios políticos y étnicos, como tampoco la cortedad de los romanistas, ora en su perspectiva, ora en sus propios conocimientos". FORERO HINESTROSA, *op. cit.*, p. 5.

[802] IRIGOYEN, *op. cit.*, p. 205.

[803] SÁNCHEZ, J. A. (2022). Divergencias y convergencias del estoicismo de la época

Si bien "no sabemos si este ambicioso proyecto del emperador tuvo mucho éxito",[804] sí puede señalarse que "en *De legibus* fue Cicerón el primero en recibir, aceptar y desarrollar la teoría estoica de los juristas",[805] la cual "alcanzó su mayor prestigio a finales del siglo II".[806]

Con base en esto se entiende lo señalado por Schipani: el derecho codificado por Justiniano —el *ius Romanum commune*— incluye al *ius naturale*, al *ius Gentium* y al *ius civile*. Obtiene su unidad en el desarrollo de su *principium* destinado a todos los hombres, un impulso a la igualdad, que asegura y proyecta hacia el futuro su propia participación,[807] lo que se manifiesta en el concepto de *humanitas* que para los romanos

> se nutre de los ideales griegos, los asimila y les infunde vitalidad al fundarse en ellos para la actividad práctica y cotidiana. El romano no inscribe la *humanitas* en un sistema filosófico determinado; no se trata de un concepto científico fijo y definido, sino de una convicción, bastante elástica, que orienta la vida cultural y que califica las acciones de los hombres (…)[808]

---

imperial con el cristianismo primitivo. *Estudio Agustiniano*, *57*(2), 338.

[804] *Ibidem*.

[805] BARRÓN, J. U. (1993). Acerca de un concepto romano: *aequitas*. Un estudio histórico-conceptual. *Cuadernos de filología clásica: Estudios latinos*, (5), 81; "Panecio de Rodas (185-109 a. C.) fue la figura que más se destacó en esta adecuación de las ideas estoicas al mundo romano. Procedente de una familia noble, este pensador estableció estrechas conexiones con la aristocracia de Roma, llegando a formar parte del círculo más íntimo de Escipión Emiliano. Panecio participó activamente en la adaptación del legado estoico a los intereses de la clase dominante romana (…)" en DAVIDSON, J.et al, (1999). Concepciones ideológicas acerca del Derecho en la obra de Cicerón. *Espacio, tiempo y forma. Serie II, Historia antigua*, *12*, 210.

[806] BARRÓN, *op. cit*., p. 81.

[807] SCHIPANI, *op.* cit., p. 215.

[808] CUSPINERA, P. V. (1992). La *humanitas* en Roma. *Nova Tellus*, (9-10), 307-308.

Ahora bien, volviendo al tema de las fuentes notamos que el derecho romano mantiene su valor si se lo considera, como lo hace Zimmermann (2010),

> una especie de sistema abierto, que garantiza una gran flexibilidad al momento de resolver cuestiones prácticas, porque los "juristas se dejaban guiar por una serie de valores y principios fundamentales, como por ejemplo la libertad de la persona, los imperativos de la *bona fides* y de la *humanitas,* o la protección de los derechos adquiridos, en particular, de la propiedad.[809]

Si estas apreciaciones las trasladamos al derecho argentino, siguiendo a Levaggi (1985), se observa que tanto el derecho colonial como el derecho nacional tienen como sus principales elementos formativos: el derecho castellano-indiano que sobrevive y el derecho patrio, o sea, el derecho nuevo, cuyas fuentes más importantes se pueden reducir a tres: el derecho español anterior y posterior, el derecho extranjero no español (francés, inglés, norteamericano) y las propias circunstancias y necesidades.[810] Y, agrega Levaggi (1985), que así se acepta la subsistencia del derecho privado castellano-indiano, y, por ende, del derecho romano.[811]

De esta manera, podemos cerrar el debate sobre la condición de fuente del derecho romano en el derecho argentino, por lo menos hasta el nuevo Código Civil y Comercial. Y aquí cabe interrogarse acerca de su vigencia como fuente. Un ejemplo de esto es lo que surge de la lectura del tema de la responsabilidad parental que se

---

[809] ZIMMERMANN, R. (2010). Derecho romano y cultura europea. *Revista Derecho Privado*, *18*(5), 21.

[810] LEVAGGI, A. (1985). Supervivencia del Derecho Castellano-Indiano en el Rio de la Plata (Siglo XIX). *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerkas*, (22), p. 286.

[811] *Ibidem*, p. 290.

aleja de la concepción romana pues parte de la concepción de una reconfiguración de las relaciones entre padres e hijos, que reconoce al niño como un pleno sujeto de derecho y priorizando su bienestar frente a los intereses de los adultos, como lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en A., F. s/ protección de persona de 13 de marzo de 2007, destaca Zini Haramboure (2015).[812]

Y si esto lo trasladamos al Derecho Latinoamericano debemos observar lo siguiente:

> (…) desde que la sociedad indiana quedó suficientemente conformada como para necesitar un derecho desarrollado por el que regirse, lo encontró en un código de derecho romano común, lo cual, unido a la enseñanza universitaria del derecho común de juristas, aseguró la unidad jurídica en dos sentidos: primeramente, en el orden territorial de todas las Indias; en seguida, en el orden del sistema, precisamente del derecho romano en una versión uniforme (…) Puede así decirse que el derecho romano común fue desde siempre el derecho privado propio de Indias.[813]

Sin embargo, un dato que modifica sustancialmente las fuentes romanas es el que introduce, por ejemplo, la constitución política de Ecuador cuando fija en el Título II, Derechos, Capítulo Primero, Principios de Aplicación de los Derechos, artículo 10, que "La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución", una cuestión que se relaciona con las diversas formas religiosas del continente de su etapa prehispánica y que aparece reconocida en el Preámbulo. Si bien, en cierto sentido, al igual que

---

[812] ZINI HARAMBOURE, P. E. (2015). De la *patria potestas* romana a la responsabilidad parental en Argentina: evolución de la obligación alimentaria. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, *12,* 348.

[813] BRITO, A. G. (1991). La penetración del Derecho Romano. *América. Revista Chilena de Derecho*, *18*(2), 210.

en Roma lo religioso forma parte de la vida cotidiana, la perspectiva que asume la Constitución ecuatoriana la aleja de sus fuentes romanas e hispánicas, un dato que requiere una mayor consideración pero que no forma parte del objetivo de este trabajo.

En resumen, no cabe duda de que el derecho romano aporta en tanto fuente un conjunto de nociones jurídicas básicas, lo que expone el valor de la tarea de los jurisconsultos, quienes se dedican a buscar la solución adecuada a los litigios, labor para la cual importan los principios más que las normas, acerca de los cuales nos dedicaremos en los siguientes capítulos.

III. La importancia de los conceptos jurídicos fundamentales

En el capítulo anterior concluimos que el derecho romano contribuye con un conjunto básico de conceptos jurídicos que siguen siendo útiles, y en esta tarea interesa el trabajo de los jurisconsultos. Ahora bien, en este capítulo nos ocuparemos del primer punto.

Lo primero que corresponde destacar es que el lenguaje jurídico no es neutro. Parte de una cosmovisión, de una cultura legal dentro de la cual se construye. En este sentido, "el lenguaje del derecho no es diferente en sus orígenes del lenguaje común",[814] y se cita a Biondi para quien "la ciencia jurídica romana no parte de términos técnicos, sino que lo toma de la vida práctica, asociados con el significado que tienen en el uso común". Por eso, para algunos autores como Sainz Moreno, es preferible "hablar de uso jurídico del lenguaje y

[814] IBÁÑEZ, G. B. (1995). El lenguaje jurídico: razón pragmática y razón filológica. *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, *43*(1), 60.

no de lenguaje jurídico, porque 'en el fondo no existe un lenguaje jurídico, sino un uso jurídico del lenguaje ordinario'".[815]

Si destaco estas dos citas es porque de ellas es posible extraer dos elementos relevantes de análisis: primero, la observación de Biondi que señala el origen no técnico del vocabulario jurídico romano, y por otro, la idea de que no existe un lenguaje jurídico, sino un uso jurídico del lenguaje ordinario. De esto se desprende que la aparición de un lenguaje técnico es posterior al período romano, porque

> La especialización de la lengua del derecho, como en la generalidad de los lenguajes técnicos, se ha constituido a través del léxico, pero, a diferencia de otras lenguas técnicas, lo que separa a la del derecho del lenguaje común no es solo la presencia de términos específicos, sino la existencia de una fraseología propia: construcciones arcaizantes, frases formularias, latinismos, perífrasis y otros usos lingüísticos, que, en rigor, no forman parte del derecho como lengua técnica, sino que constituyen rasgos de estilo.[816]

Por su parte, para Ibáñez "la tecnificación del lenguaje jurídico (…) —creación de conceptos jurídicos— consiste en la introducción de términos cuyo significado procede del derecho y no del uso común",[817] en tanto Sainz Moreno sostiene que dichas nociones proceden generalmente de elaboraciones doctrinales que luego se incorporan a la norma; "Incluso éstos guardan cierta relación con el lenguaje ordinario, pues proceden con mayores o menores alteraciones de otros términos previos", que es lo que pasa con palabras como "novación", "evicción", "interdicto", etc., mientras que algunas provienen del griego tales como "hipoteca", que después pasa al derecho romano.[818]

---

[815] Cit. in IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 61.

[816] IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 63.

[817] *Ibidem*, p. 65.

[818] Cit. in IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 65.

Junto a esto Ibáñez (1995) destaca el frecuente empleo de latinismos, algunos de los cuales tienen traducción, y destaca que es poder evocador lo que los mantiene vivos: *ex oficio, ex novo, do ut des, erga omnes,* etc.; en otros, "su significado jurídico va más allá de la traducción literal y aluden a preceptos o usos consagrados por el derecho, en ocasiones, con valor universal en el ámbito jurídico: *non bis in idem, habeas corpus, iura novit curia, rebus sic stantibus*".[819] Y esto queda claro cuando se examinan, por ejemplo, dos principios esenciales para resolver un litigio y construir un sistema legal, o una ley: la *aequitas* y la *bona fides*, los que a continuación analizaremos brevemente.

Con relación a la *aequitas*, Barrón (1993) sostiene que es uno de los conceptos centrales de la cultura y del derecho romano,

> que ha sido escasamente investigado tanto por el hecho de haberlo tenido por evidente y absolutamente obvio cuanto por haberse puesto en duda su raigambre en la cultura romana. La noción de *aequitas* no se limita, por lo tanto, al dominio de lo jurídico, como si se tratase de un mero instrumento del *ius* (…) sino que accede al panteón de las virtudes que deben adornar a todo *vir bonus.*[820]

Y prosigue diciendo que la *aequitas* es "una virtud o temple distinto de la justicia escrita (…que…) era ya desde antiguo un pilar fundamental de la cultura romana, piedra angular de las leyes y demás expresiones escritas de la justicia" y nota que para Cicerón es "como base filosófica de la justicia". Y concluye que esta concepción se consolida en Ulpiano.[821]

Sin embargo, lo que interesa, en particular, para la posteridad, es

[819] IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 66.

[820] BARRÓN, *op. cit.*, p. 74.

[821] *Ibidem*, p. 75.

que la *aequitas*, desde el punto de vista de Cicerón es la adecuación de las cosas al derecho, "es la idea de la igualdad en la aplicación de la ley sin excepción, sin tener en cuenta quién se es".[822] Dicho de otra manera, es "una equipartición justa, un restablecimiento de lo igual tras una situación de desigualdad o iniquidad. Se logra un plano puramente horizontal".[823] Y advierte Barrón que "en cuanto principio que o bien subsana o corrige (en el *ius honorarium)* o bien modifica sustancialmente el derecho (con los emperadores cristianos), pasa a ser *ius naturale* o la razón de un derecho de gentes anterior a la ley escrita, fuera ya del ámbito de la mera virtud".[824]

Además, este principio se vincula con la *bona fides*, una virtud, dice Barrón (1993), por la cual el romano se liga al cumplimiento de lo prometido. Y cita a Gayo, quien dice que "en las obligaciones contraídas mediante consentimiento (*consensus*), es decir, fundadas en la *fides,* sin mediar formalidad ni de palabras ni de contratos por escrito, una persona se comprometía a hacer una prestación a otra *ex bono et aequo*".[825] Es "la firmeza con que se responde a la palabra empeñada y se opone al *dolus malus*".[826] Porque para Heinemann así se subraya un presupuesto clave: "el hombre, como hombre, tiene deberes frente a todos los otros hombres".[827]

En suma, con estos ejemplos vemos cómo el derecho romano ha provisto al derecho posterior de principios y nociones de los cuales resulta difícil —sino inútil— desprenderse sin una gran pérdida. Por eso, Domingo (2004) dice que

[822] *Ibidem*, p. 83.

[823] *Ibidem*, p. 88.

[824] *Ibidem*, p. 104.

[825] BARRÓN, *op. cit.*, p. 90.

[826] *Ibidem*.

[827] Cit. in CUSPINERA, *op. cit.*, p. 306.

> Conceptos básicos, constitutivos de nuestra civilización, como testamento, buena fe (…) fueron elaborados en un momento histórico muy concreto en que las relaciones de justicia entre los ciudadanos y entre los pueblos fueron tratadas, como tales, desde una perspectiva científica, que, en el derecho romano, es tanto como decir jurisprudencial.[828]

Y si nos referimos al derecho latinoamericano, cabe decir que

> La herencia del derecho romano en Latinoamérica es sólida en instituciones como la propiedad y los contratos, pero no en todas. El concepto de capacidad jurídica se ha convertido en un punto de quiebre, pues las legislaciones de países como Colombia y Perú han tenido que cambiar para ajustarse a los principios modernos de los derechos humanos y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, eliminando la figura de la interdicción.[829]

Sin embargo, en el contexto del siglo XX y del actual, otra lengua reclama autoridad y vigencia: la lengua inglesa. Sobre todo, por obra de la expansión de la cultura norteamericana después de la Segunda Guerra Mundial, lo que se manifiesta en el uso del inglés como *lingua franca* y en la creciente y sostenida americanización del derecho, manifiesta en el caso argentino y latinoamericano. Este es un

---

[828] DOMINGO, R. (2004). La jurisprudencia romana, cuna del Derecho. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 81*(2), 371-393.

[829] DELGADO, S. A. M., & MANTUANO, L. O. C. (2025). Derecho Romano y su Trascendencia Actual: Aplicaciones Contemporáneas en la Legislación Ecuatoriana. *Ciencia Latina: Revista Multidisciplinar*, *9*(4), 10593. Para una perspectiva más crítica véase: EYZAGUIRRE BAEZA, C. & RODRIGUEZ DIEZ, J. (2013). Expansión y límites de la buena fe objetiva. A propósito del Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. *Revista Chilena de Derecho Privado,* (21), 137 y ss.

proceso que algunos investigadores comparan con lo sucedido siglos atrás con el derecho romano porque, así como se hace del *common law* el derecho modelo con el cual medir otros derechos, del mismo modo ocurrió en siglos pasados con el derecho romano. En opinión de Watson, es el prestigio que tiene un sistema legal en comparación con los demás vigentes lo que hace que se lo trasplante.

El resultado de esto es que conviven en el lenguaje jurídico actual, conceptos y principios procedentes tanto del derecho romano como del *common law*, y problemas que son propios de la lengua inglesa y que solo dentro de ella son comprensibles y deben resolverse. Empero, los une la importancia dada a la labor de los jurisconsultos, como demostraremos en el acápite siguiente.

IV. La obra de los jurisconsultos

La tarea de los jurisconsultos es, quizás, uno de los puntos más relevantes de su historia, por todo lo que ella enseña a las nuevas generaciones de juristas y de jueces con relación a la búsqueda de soluciones para los casos puestos ante su examen. Es lo que lleva a Guzmán Brito (2012) a sostener que

> La principal razón es que solo y únicamente en la antigua Roma el cultivo, el desarrollo, la conservación y la transmisión de su Derecho estuvo confiada a un cuerpo profesional de peritos, que ellos denominaban prudentes, jurisprudentes o jurisperitos. Tal no ocurrió en ninguna otra sociedad del Mundo Antiguo.[830]

[830] GUZMÁN BRITO, A. (2012). El derecho romano como elemento de la cultura jurídica de nuestros días. Revista de Derecho Privado, (47), 3.

Para este investigador, a partir de este dato se distingue el trabajo de quien usa de la retórica para defender un caso[831] de quien es jurista, es decir, del que asume el dar dictamen acerca de un caso, "sobre el Derecho que les era aplicable, y en los que la cuestión de hecho aparece supuesta y no es objeto de debate".[832] Y si bien ese derecho creado por obra de los jurisconsultos perdió influencia con la caída de Roma, con Justiniano revive por medio de la compilación que ordena, aunque su relevancia fue breve, advierte Guzmán Brito.

Y es recién entre los siglos XII y XIII por medio de Irnerio —recuerda Guzmán Brito—, quien era maestro en las artes del *trivium*, que al disponer de una versión completa del Digesto original lo lee, lo estudia y lo interpreta "como materia en sí", comprendiendo que se encuentra "un saber que constituía cierto sistema de principios, reglas y razonamientos diferentes a los del arte Retórica, dotado con suficiencia y autonomía",[833] que es en lo cual se destacan los juristas clásicos.

Por su parte, para Domingo (2004), el momento clave es la creación de la Universidad de Bologna, porque la enseñanza del derecho se monta sobre la base de la enseñanza del derecho romano, ya que "la enseñanza de aquel derecho era la única impartida o al menos la predominante, hasta la época de la codificación", porque "el *ius commune* era derecho vigente en toda Europa".[834] Pero esto no acaba

---

[831] "De las tres artes, gramática, retórica y dialéctica, fue la retórica la que se introdujo en el foro romano, creando el oficio de abogados no juristas, interesados por los *facta* pero no por el *ius*, entre los que brilló Cicerón. Los jurisprudentes, en cambio, se vieron más atraídos por el método dialéctico de división por géneros, excelentemente descrito por Platón en su diálogo sobre El sofista (253 d-e), de ca. 365 a. C., por boca del extranjero de Elea". DOMINGO, *op. cit.*, p. 377.

[832] GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, p. 4.

[833] *Ibidem*, p. 7.

[834] DOMINGO, *op. cit.*, p. 375.

aquí porque, en la época moderna, este derecho, aunque no es más derecho vigente,

> todavía justifica su injerencia en la formación de los juristas modernos debido a sus cualidades que le hacen ser un óptimo medio educativo, porque es parte indispensable del conocimiento y competencia argumentativa del egresado de la carrera, y núcleo firme de las principales disciplinas jurídicas y de la identidad de la profesión jurídica.[835]

Por lo tanto, nos encontramos con un derecho elaborado por juristas. Y esto es determinante en la educación legal, en la medida que "la presentación de este Derecho ofrece principios, sistemas trabados y modos de razonar, pues no se trata del aprendizaje de unos elencos de nombres o de unos conceptos ni de una taxonomía".[836] Es —observa Zimmermann (2010)— un derecho basado fundamentalmente en las soluciones de casos concretos, el que desarrollándose siglo tras siglo construye una tradición que se apoya

> en dos pilares conceptual e históricamente diferentes: el núcleo tradicional de la antigua organización ciudadana (*ius civile*) y el *ius honorarium* que, como testimonia Papiniano, fue introducido por los pretores en interés público "*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*" (para ayudar, suplir y corregir el *ius civile*).[837]

Entonces, no estamos ante un derecho construido por doctrinarios, sino uno que emerge con la búsqueda de una solución para los conflictos jurídicos concretos.

---

[835] GUZMÁN BRITO, *op. cit*., p. 10.

[836] *Ibidem*.

[837] ZIMMERMANN, *op. cit.,* pp. 20-21.

> Ello explica la gran elasticidad y realismo del derecho romano, y el porqué de tantas controversias que se generaban tendencialmente en torno a la resolución de los problemas jurídicos (…). Fiel reflejo de la dinámica misma del derecho romano, de su desarrollo constante, son precisamente estas controversias.[838]

Además, notamos que el derecho romano antiguo desarrolló una tradición en la que los autores más recientes se basan en la jurisprudencia de los más antiguos, lo que crea una relación de discusión que abarca generaciones enteras de juristas,[839] un derecho muy alejado de las modernas concepciones jurídicas. Por eso, se comprenden las palabras de Domingo (2004), quien resalta que

> El Derecho romano ha dejado una mayor impronta conceptual en el Derecho civil europeo que en el Derecho anglosajón; sin embargo, aunque parezca paradójico, el Derecho anglosajón, en sus fuentes de producción jurídica, está más próximo al Derecho romano que el europeo, muy particularmente desde que éste, a partir de la Revolución francesa, optó preferentemente por la ley como fuente casi exclusiva de creación normativa. El Derecho romano, como el anglosajón, se ha desarrollado en torno a la figura del juez (…).[840]

Y esto es lo que corresponde remarcar. Porque estamos acostumbrados a señalar lo que es derecho de la mano de lo que dice la norma jurídica, con lo cual no logramos entender qué es el derecho romano ni cómo se generó. De ahí que las sentencias no tengan la fuerza creadora que le brindaron los jurisconsultos romanos al derecho. Por eso, lo primero que se enseña son sistemas legales y

---

838 *Ibidem*, p. 20.

839 *Ibidem*.

840 DOMINGO, *op. cit.*, p. 4.

luego jurisprudencia; interesan más las discusiones doctrinarias que el derecho vivo. Empero, junto a esto, se abrieron camino debates vívidos y necesarios derivados de la jurisprudencia más atenta a las soluciones que se han dado en el pasado, y más dispuesta a modificar sus precedentes. Por eso Cardozo (1921) pregunta

> *What is it that I do when I decide a case? To what sources of information do I appeal for guidance? In what proportions do I permit them to contribute to the result? In what proportions ought they to contribute? If a precedent is applicable, when do I refuse to follow it? If no precedent is applicable, how do I reach the rule that will make a precedent for the future? If I am seeking logical consistency, the symmetry of the legal structure, how far shall I seek it? At what point shall the quest be halted by some discrepant custom, by some consideration of the social welfare, by my own or the common standards of justice and morals?*[841]

Quizás estas sean las preguntas que se hicieron los jurisconsultos romanos que crearon este derecho que es, fundamentalmente, jurisprudencial. Pues, como subraya Rojas (2022),

> su mérito equivale a idear un balance de lo justo y equitativo (…) el entusiasmo por el estudio de la romanística nos revela la notoria dimensión pragmática que tuvieron sus grandes jurisconsultos, lo cual repercute en que sus soluciones estén impregnadas de fuertes dosis de prudencia, realidad y utilidad (…) enemigos de fantasiosas abstracciones e inclinaciones teoréticas ensimismadas, comprendieron que el razonamiento jurídico crece mejor cuando se proyecta a ras de suelo, pues la volátil imaginación conceptual no puede suplantar la espesa y vibrante realidad en la cual nos desenvolvemos los seres humanos de carne y hueso.[842]

---

[841] CARDOZO, B. N. (1921). *The nature of the judicial process* (p. 10). Yale University Press.

[842] ROJAS, L. M. (2022). Quince razones para estudiar Derecho Romano en el Siglo

Ahora bien, con estos elementos de juicio, ¿es posible pensar el derecho romano también como factor de unidad jurídica?

V. El Derecho Romano como factor de unidad jurídica

Con relación a si el derecho romano puede actuar como principio de unidad, conviene tener en cuenta que

> Todo sistema jurídico de raíz romana *lato sensu* es ante todo y, sobre todo, como el propio Derecho romano, un Derecho de juristas (*Juristenrecht*). Ésta y no otra fue la seña de identidad del Derecho romano y su razón de permanencia y continuidad científica hasta el siglo presente. Y es que, de la misma manera que no hay arte sin artista, no puede haber Derecho propiamente dicho, es decir, arte de lo justo, sin juristas. Lo que Roma aportó al mundo frente a otros Derechos de la antigüedad fue precisamente esta figura de jurista. Con sus más y sus menos, puede afirmarse que tanto el Derecho continental como el anglosajón, en cuanto herederos del Derecho romano, son, ellos también, "Derechos de juristas" (*Juristenrechte*).[843]

Con base en estas consideraciones estimo que esto es válido para Europa. Empero bajo las circunstancias históricas y culturales en que se desenvolvió la historia latinoamericana conviene, o más bien corresponde, tener algunas dudas. De ahí que el punto de partida del análisis tenga que ser no tanto el deseo de los romanistas sino las consecuencias de la interacción que se dio entre derecho y sociedad

XXI: Reflexiones desde la "cultura jurídica" de un advenedizo. *Revista Jurídica IUS Doctrina*, *15*(1), 7.

[843] DOMINGO, *op. cit.*, p 5.

en América Latina. Con relación a esto cabe recordar la observación de Watson, citado por Cairns (2012):

> *Societies vary greatly, and so do legal rules. A perennial question is "Do legal rules reflect a society's desires, needs and aspirations?" The answer which is normally given or is just assumed is positive though minor qualifications are usually urged. And yet, the two most startling, and at the same time most obvious, characteristics of legal rules are the apparent ease with which they can be transplanted from one system to another, and their capacity for long life.*[844]

En nuestro caso, no hubo elección de un derecho en particular; más bien, fue lo contrario. Como expone Guzmán Brito (1991), cuando los nuevos territorios fueron incorporados, lo fueron al reino de Castilla, y este derecho se extendió a éstos. Y no se extendió el derecho romano, al igual que se hizo en Castilla, porque se consideró en un primer momento que, debido a que las relaciones jurídicas en América eran elementales, un derecho científico como el del *Corpus Iuris* no era pertinente. Por eso, las Partidas funcionaron como un derecho común, concluye este jurista, mientras que el derecho romano quedó encerrado en el ámbito profesoral. Es recién al consolidarse las nuevas sociedades que el derecho romano se convierte en el derecho privado propio de Indias. Y fue tan profunda su influencia que la codificación tuvo que recepcionarlo.[845]

Entonces, la pervivencia del derecho romano se explica por el valor de sus principios más allá de su espacio y tiempo, lo que no quita los intentos de desplazarlo o reducir su influencia, siendo el intento con mayor fuerza el que proviene de la americanización

---

[844] CAIRNS, J. W. (2012). Watson, Walton, and the history of legal transplants. *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, *41*, 657.

[845] GUZMÁN BRITO, A. (1991). La penetración del derecho romano en América. *Revista Chilena de Derecho*, *18*(2), 203-211.

del derecho, con todo lo que ello implica. Por eso, Watson (2000) advierte que

> *legal transplants are inevitable. Since the later Roman empire they have been a major, if not always the main, factor in legal change in the western world. England is no exception. Nor is the United States (…) The real issue is whether there should be a deliberate concerted effort, spear-headed perhaps by academics, to create a common law.*[846]

Sin embargo, no debemos olvidar que la idea de construir un *ius commune latinoamericano*, depende, en gran medida, de una decisión política de los Estados, pues para constituirse como un factor de unidad jurídica en la región, debe primero constituirse una unidad política, lo cual está lejos de lograrse. Un elemento de importancia para comprender esta situación es la que plantea Baliño (2011), para quien

> nuestra tradición jurídica es "polivalente" en cuanto a su "sustrato", "heterogénea" en cuanto a su "conformación" y "paradójica" en cuanto a su "desenvolvimiento" hasta nuestros días. De hecho, polivalencia, heterogeneidad y paradoja, son quizás las tres palabras que mejor expresan la ambigüedad, diversidad, complejidad y riqueza de nuestra tradición jurídica, cuyas síntesis más acabadas, han sido capaces de integrar sus diferencias y armonizarlas entre sí.[847]

Pero a partir del siglo XIX esto se transforma porque

---

[846] WATSON, A. (2000). Legal transplants and European private law. *Maastricht*, 4(2), 10.

[847] BALIÑO, J. P. (2011, 14 de enero). La integración jurídica americana. Un modelo para la ciencia jurídica occidental. *Forum Historiae iuris*.

> La expropiación del derecho por el Estado, promovida tanto por la ciencia jurídica francesa (*Code Napoleón*), cuanto por la alemana (*B.G.B.*) y la posterior recepción de sendas codificaciones paradigmáticas, propició el surgimiento de una cultura jurídica legolátrica que desembocó una eulogización del concepto de la ley, es decir, en la mitificación de la ley, que desembocó en la formación de la "dogmática, positivista, legalista, formalista".[848]

Nada más alejado, entonces, de cómo se formó el derecho romano. Luego, en este marco, ¿puede el derecho romano ser un elemento en orden a construir un *ius commune latinoamericano* y lograrse de este modo la unidad jurídica latinoamericana? Tengo serias dudas.

VI. Una tarea urgente: recuperar los valores y los principios del derecho romano

A fin de responder a la pregunta planteada al comienzo de este trabajo es necesario repasar dos temas subyacentes. Por un lado, hay que recordar que el derecho romano al cual nos referimos tiene la marca que le han impreso la filosofía clásica y el cristianismo, y esto es lo que nos mueve a sugerir otra perspectiva de análisis. Parafraseando a Dworkin (1996), podemos hacer una lectura moral de este derecho,[849] una lectura que no se puede hacer sin el auxilio de la filosofía clásica y el cristianismo, y esto hoy no sucede. Y por otro por otro lado, reafirmar, si se me permite decir, que el derecho romano resiste desde sus principios fundantes, y es lo que muestra la razón

[848] *Ibidem*.

[849] DWORKIN, R. (1996). The moral reading of the constitution. *New York Review of Books*, *43*, 46 y ss.

de la búsqueda de un *ius commune* asentado sobre este derecho para el espacio europeo e hispanoamericano.

Esto se esclarece en el caso argentino, y vale para el latinoamericano, en lo expuesto por Alberdi, citado por Levaggi (1986), en una carta en cuanto a qué es necesario "para formar un abogado con arreglo a las necesidades de la sociedad actual en Sud-América", y su respuesta es "estudiar el derecho romano y el derecho canónico que son las dos fuentes del derecho español. La Italia posee el secreto de esas dos ciencias por haber sido cuna de ambas", aunque "no hay que exagerar la importancia de ese estudio; los tiempos han cambiado, nuestra sociedad americana no es llamada a profundizar los arcanos de filología y erudición romanas",[850] lo que es desgraciadamente cierto cuando se observan los planes de estudio de derecho vigentes en Argentina. Por consiguiente, como corolario interesa compartir una pregunta crucial, como señala un autor contemporáneo: estudiar el derecho romano, ¿no es estudiar el derecho?

[850] LEVAGGI, A. (1986). El derecho romano en la formación de los abogados argentinos del ochocientos. *Derecho PUCP*, *43*, 154-155.

La recepción del principio de confianza legítima en el ordenamiento jurídico argentino: raíces romanísticas

Patricia Mora[851]

Resumen

El principio de la confianza legítima, pilar del derecho público actual, hunde sus raíces conceptuales en la búsqueda de equilibrio entre rigor legal y justicia material del derecho romano.

El estado social y democrático de derecho exige mutabilidad normativa para el avance social, pero esta transformación no puede ser arbitraria ni destructiva.

[851] Abogada y contadora pública nacional (UBA). Magister en Derecho y Tecnologías Disruptivas (UC3 Madrid). Profesora adjunta de Derecho Romano (UBA), profesora de la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación y profesora de Derecho Romano, Derecho Constitucional y Derecho Político (Universidad Kennedy). Directora de Asuntos Laborales Especiales de la Procuraduría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Debe haber, por tanto, una justificación suficiente que obligue a soportar esa inseguridad jurídica, y ésta deberá admitirse solo en tanto no quiebre la paz social. La confianza legítima se nutre directamente de la buena fe objetiva romana, entendida como un estándar de lealtad recíproca entre el ciudadano y la autoridad.

El objeto de este trabajo será identificar las raíces del principio de la confianza legítima en diferentes aspectos del derecho romano y básicamente en los principios generales del derecho que surgen del mismo, fundamentalmente la buena fe.

Con este propósito, se examinarán diversas instituciones jurídicas, centrando el análisis en la figura del pretor. Esta magistratura fue fundamental para la evolución y flexibilización del derecho romano, al adaptar las normas tradicionales a las cambiantes necesidades y expectativas de la sociedad.

Palabras clave: principio de buena fe; administración pública; confianza legítima.

I. Introducción

Es evidente que el ordenamiento jurídico trasciende la mera suma de normas positivas; se integra de principios y valores esenciales que sostienen su estructura. Bajo esta perspectiva axiológica, el derecho despliega tres cometidos fundamentales: salvaguardar la seguridad jurídica, tutelar las libertades y los derechos fundamentales y catalizar el progreso social, la justicia y la paz colectiva.

Las fuentes romanísticas nos informan al respecto, y así en el Digesto (1, 1, 10) se recoge ya una definición de Ulpiano según la cual "*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*". La famosa tríada de Ulpiano es el puente perfecto para conectar la *bona fides* romana con el principio de confianza

legítima, ya que establece los deberes ético-jurídicos fundamentales del ordenamiento.

El primero de los tres preceptos en que los romanos condensaban su idea del derecho, *honeste vivere* (vivir honestamente), destaca a la persona como sujeto básico del derecho, así como la importancia de la buena fe en cuanto fundamento de la seguridad jurídica y del tráfico negocial y obligacional. El segundo, *alterum non laedere* (no dañar al otro), constituye el fundamento del principio de responsabilidad y del deber indemnizatorio. Y el tercero, *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo), aparecería como el título legitimador de la existencia del Estado y del mandato de afianzar la justicia en cuanto sujeto encargado de resolver los conflictos jurídicos dando "a cada uno lo suyo", sujetándose al sistema de fuentes y con la obligación inexcusable de dar solución a esos conflictos.

El sistema de fuentes del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) en Argentina está estructurado principalmente en su Título Preliminar (artículos 1 y 2). Este modelo rompe con el esquema tradicional puramente normativista del antiguo Código de Vélez Sarsfield, adoptando un paradigma basado en la constitucionalización del derecho privado y el diálogo de fuentes.[852]

Las ideas de progreso o mejoramiento social y de solidaridad constituyen un límite a la inmutabilidad del derecho. Y podrá, en

[852] En sus estudios críticos sobre la unificación del derecho privado argentino, Rabbi-Baldi Cabanillas (2014) analiza con cautela la remisión directa a los valores y principios que impone el Título Preliminar, advirtiendo sobre el riesgo que esto representa para la estabilidad del sistema: la apelación a los "valores", de suyo polémica en el plano filosófico por la conocida dificultad en lograr consensos elementales sobre su catálogo y alcances, se traslada ahora al ámbito normativo. Esta positivización corre el riesgo de resentir la seguridad jurídica si el intérprete, desentendiéndose de la letra y el espíritu de la ley, descansa de modo exclusivo en concepciones axiológicas subjetivas o no convalidadas por el texto constitucional (p. 24).

consecuencia, restringirse generando una incertidumbre jurídica que habrá de soportarse con innovaciones y cambios normativos en la medida en que el bienestar general así lo exija. Es decir, entre la seguridad y la permanencia del derecho y la inseguridad jurídica y el progreso social debe estarse a favor de lo segundo en el contexto de un Estado social y democrático de derecho. Sin embargo, esos cambios normativos deben articularse garantizando el principio de legalidad y reparando, en su caso, los perjuicios que esas innovaciones normativas, en pos del progreso social y de la solidaridad, ocasionen en las situaciones jurídicas subjetivas de los particulares. Debe haber, por tanto, una justificación suficiente que obligue a soportar esa inseguridad jurídica, y ésta deberá admitirse solo en tanto no quiebre la paz social.

García de Enterría (1963)[853] señala que "la seguridad jurídica es una exigencia social inexcusable" pero "constantemente deficiente", pese a consagrarse como principio constitucional. Para este autor, la inseguridad actual es un fruto directo de la legalización del derecho. Concluye que cuando el derecho, como ocurre todavía en los países del *common law*, se expresaba a través de principios generales la seguridad jurídica estaba más garantizada, por paradójico que resulte.

La idea de la ley como producto de la voluntad general y como técnica de codificación sistemática, surgida con la Revolución francesa de 1789, preconizaba una mayor efectividad de la seguridad jurídica.

En ese sentido, Constant, en su famoso discurso de 1819, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, contraponía la "libertad de los antiguos" (griegos y romanos), que consistía en ejercer directa y colectivamente las funciones de soberanía de la ciudad y el gobierno colectivo de los asuntos, con la "libertad de los modernos", que consistía en "no estar sometido más que a las leyes" pues

[853] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1963). Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho. *RAP*, (40), 189 y ss.

"solo las leyes nos protegen de la arbitrariedad, deslindan lo que es lícito de lo que es sancionable y permiten en ese ámbito de lo lícito desplegar la libertad, apoyada en la predictibilidad firme sobre los límites en que la actividad pública puede incidir sobre la vida de cada uno". En suma, esa "libertad de los modernos" parecía garantizar la seguridad jurídica.[854]

Con la noción de confianza legítima se alude a la situación de un sujeto dotado de una expectativa justificada de obtener de otro, una prestación, una abstención o una declaración favorable a sus intereses, derivada de la conducta de este último, en el sentido de fomentar tal expectativa.

Si bien entre nosotros la relación que da lugar a la confianza legítima generalmente se plantea frente a la Administración, también puede surgir entre particulares, por lo cual no sería correcto limitar la noción expresada a la esfera del derecho administrativo, aun cuando el presente trabajo esté dedicado casi por entero a ese ámbito.

La base de una nueva concepción de los vínculos que los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial) y los entes de autoridad en general poseen frente a los ciudadanos, cuando a través de su conducta, revelada en sus declaraciones, actos y doctrina consolidada, pone de manifiesto una línea de actuación que la comunidad o sujetos específicos de ella, esperan se mantenga.

El objeto de este trabajo será identificar las raíces de este principio en diferentes aspectos del derecho romano y básicamente en los principios generales del derecho que surgen de éste, fundamentalmente la buena fe.

Para ello se desarrollarán algunos ejemplos de instituciones y principalmente se enfocará en la labor de un magistrado fundamental

[854] CONSTANT, B. (1819). *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, p. 597 y ss.

como lo fue el pretor para la evolución y flexibilización del derecho a la luz de las necesidades y expectativas sociales.

II. Sobre la confianza legítima como principio del obrar del poder

Las funciones o propósitos del derecho, encaminadas a garantizar la paz social, deben alumbrar en todo momento la gestión de los integrantes de ese orden jurídico como representantes de un orden democrático orientado al bienestar general, como pregona nuestro preámbulo, y es en la expectativa de ese bienestar, de la conducta deseada por el administrado respecto a las autoridades en donde juegan un papel primordial también los principios generales del derecho. Son principios que hacen presente y operativa la idea de justicia. Son previos a la norma, coetáneos a ella, y elementos que facilitan la interpretación de la norma con arreglo a los parámetros de la justicia del Estado de derecho, que es en esencia un Estado de justicia.

El principio de confianza legítima es un límite a la actuación de la Administración pública. Exige que ésta mantenga una conducta coherente y predecible, protegiendo las expectativas justificadas de los ciudadanos y evitando que decisiones estatales arbitrarias e intempestivas vulneren situaciones jurídicas consolidadas.

El derecho es básicamente mutable,[855] debe acompañar los cambios

[855] Por ejemplo, en materia impositiva, ha dicho la CSJN que: "Nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones ni a la inalterabilidad de los gravámenes creados por ellas. Solo cuando se ha pagado el impuesto conforme con la ley vigente al momento en que se realizó el pago, su efecto liberatorio, amparado por la garantía constitucional de la propiedad, puede impedir que se

sociales pues está al servicio de la pacificación social, importando sin lugar a dudas un límite a las libertades individuales. Pero ese límite también viene a estar sesgado por el propio derecho toda vez que rigen principios fundamentales entre los que se entronca el principio de confianza legítima o expectativa plausible.

Las ideas de progreso o mejoramiento social y de solidaridad constituyen un verdadero impulso hacia la movilidad del derecho. Lo convierten en el instrumento ideal con el que cuenta el poder para cumplir con sus objetivos de bienestar general.

Lo cierto es que en la actualidad de garante de la libertad muchas veces la ley se ha convertido en una verdadera amenaza, dada la proliferación de reglamentos, instrucciones, circulares que desconciertan al ciudadano y constituyen una buena prueba de ello. Por lo tanto, se propugna una vuelta a los principios para la resolución de los casos, abandonando el criterio de legalidad como el concepto de juridicidad que involucra no solo la ley en sentido formal, y toda manifestación normativa de los poderes constituidos, sino también los principios generales del derecho y los precedentes, aún administrativos.

De la vinculación positiva de la Administración a la ley como límite de su obrar, el concepto se ha extendido al vincularla a la juridicidad, y de tal manera se ha reforzado el control del actuar bajo el paradigma de la discrecionalidad en el marco de los principios generales del derecho.

García de Enterría señala que solo el funcionamiento del ordenamiento alrededor de principios generales puede ofrecer una estructura más estable y segura que el casuismo variable de las normas ya fatalmente motorizadas. Y ésta parece ser la manera, según el autor, de cómo la seguridad jurídica ha tenido que buscar refugio

---

aplique una nueva ley que aumente el impuesto por el período ya cancelado" (Esso Petrolera Argentina S.A. c/ Nación, Fallos 272: 229; "Facomate Fábrica Correntina de Maderas Terciadas S.A. c/ Nación", Fallos 271:7).

en nociones más vagas, más difusas e imprecisas pero mucho más sustanciales "ante el callejón sin salida a que nos conduce el legalismo desbocado".[856] Sin embargo, abandonando la estricta legalidad y previsión de todas las conductas que puede adoptar la Administración, como parámetro no solo imposible sino como he dicho indeseable, también la conducta a adoptar encuentra límites no legales pero sí en los principios.

En el marco del derecho administrativo, los principios generales, además de ser fuente en defecto de ley o costumbre, constituyen, como señala con carácter general el Código Civil, criterios inspiradores del sistema. En tal sentido limitan el desdibujado concepto de discrecionalidad en el obrar estatal y aportan al administrado una herramienta de defensa ante la arbitrariedad.

Estos principios generales, que constituyen la esencia del ordenamiento, siempre nos ayudarán a realizar esa fundamental tarea de asegurar y garantizar que el poder público en todo momento se mueva y actúe en el marco del derecho. Es más, su carácter inspirador del ordenamiento nos lleva a reconocer en los principios las guías, los faros, los puntos de referencia necesarios para que, en efecto, el derecho no se instaure al servicio del poder sin más asideros que las normas escritas y las costumbres que puedan ser de aplicación en su defecto. El verdadero fundamento del derecho no es más que la garantía de la libertad, y a partir del constitucionalismo social, su finalidad fincará en asegurar el efectivo goce de los derechos fundamentales.[857]

La libertad en el derecho afianza la libertad de hecho y, a su vez, su regulación jurídica le da un sentido, una finalidad. Y en tal contexto, los derechos fundamentales surgen como límites al poder (funcionalidad política) y, a su vez, deben ser garantizados por el Estado.

---

[856] GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit*.

[857] GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit*.

Alguien es libre en plenitud y sentido positivo cuando es su propio dueño, cuando es autónomo; *sui iuris* podríamos añadir, empleando una precisa terminología jurídico-romana. No obstante, dicha plenitud que se esboza cuando se realiza en un ámbito de interrelación se encuentra contenida, limitada en los aspectos que adquieren interés del colectivo. Límites que vienen a estar dados tanto por la violencia como por la ley.

Y así nos recuerdan las fuentes romanistas: "Es libertad la natural facultad de hacer lo que se quiere con excepción de lo que se prohíbe por la fuerza o por la ley" (D. 1, 5, 4, pr, Flor. 9 inst.).[858] Mientras que en I. 1. 3. 1. se señala: "*De personarum iure. Personae sunt duae species, liberi homines et servi. Liberi sunt, qui in potestate sua sunt, quod iure gentium gentiumve constituto paterfamilias in filios potestatem habet".*

Surgen las declaraciones de derecho como primera formulación jurídica, para luego plasmarse en textos constitucionales. El Estado no crea tales derechos, pero debe reconocerlos para tener una verdadera Constitución. Tal concepto es plasmado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, prefacio de la Constitución francesa de 1791, en la medida que consagra que toda sociedad que no tenga reconocida la separación de poderes y garantizados los derechos del hombre no tiene constitución.

El poder es legítimo solo en la medida que se encuentre al servicio de los derechos. La idea de su constitucionalización se relaciona, fundamentalmente, con la idea de su garantía o protección (dimensión subjetiva), pero también posee un aspecto de legitimación del poder y fundamento del sistema (dimensión objetiva). Este doble carácter ha sido reconocido por diversas sentencias del Tribunal Constitucional español (STC 25/81; 53/85).

---

[858] D. 1, 5, 4: "*Florentinus libro nono institutionum. pr. Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur*".

Desde este punto de vista, lo importante es que la organización de los poderes públicos y el proceso de elaboración de sus decisiones garanticen la adecuación de la decisión final a la voluntad del pueblo. De tal manera, el principio de participación se reconduce a la fórmula del Estado democrático, que no es más que la intervención de los ciudadanos, de una u otra forma, en el proceso de determinación de las decisiones colectivas.

Por otra parte, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se relaciona con el mandato de optimización, de modo que los poderes públicos deben realizar los esfuerzos necesarios para el mayor grado de desarrollo jurídico y práctico de tales derechos. El Estado se encuentra al servicio del ciudadano y debe responder con los mayores estándares posibles, que en determinados tipos de derechos se relacionan con la calidad y eficiencia del servicio público, concepto que consagra el artículo 42 de la Constitución argentina, a tal punto que se ha consagrado en un principio de la contratación administrativa.

Esta redefinición del vínculo entre el Estado y los administrados se ha materializado a través del reconocimiento e inclusión de nuevos derechos fundamentales de carácter procedimental y sustantivo. Bajo esta óptica, el sistema democrático moderno ya no agota su legitimidad exclusivamente en las urnas; por el contrario, ésta se renueva y consolida diariamente mediante la garantía efectiva de prerrogativas tales como el derecho de acceso a la información pública, el derecho a la participación ciudadana en las decisiones estatales y, de manera omnicomprensiva, el derecho fundamental a la buena administración, tratado paradigmáticamente en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La locución "confianza legítima" deriva de la palabra alemana *Vertrauensschutz,* que se traduce como "protección de la confianza", a la que luego se agregó "legítima" en las versiones francesa y española. En italiano se usó en algunos casos la palabra *affidamento legítimo* y en inglés *legitimate expectations.* A partir de una serie de pronunciamientos iniciados en 1956, emanados de los tribunales alemanes,

se inició la marcha de una institución que en poco tiempo logró una expansión notable hasta ser receptada por los Tribunales de Justicia de las Comunidades Europeas.[859]

La confianza legítima ha significado en el derecho alemán un límite a la indiferencia de los gobernantes en la toma de decisiones respecto a la situación de aquellos que desenvuelven su vida y proyectos de acuerdo a la situación legal y en general normativa imperante con anterioridad a tales decisiones.[860]

El principio de la confianza legítima fue elaborado por la doctrina y la jurisprudencia europea en las últimas décadas del siglo pasado, y está íntimamente ligado a la responsabilidad del Estado por sus actos propios en el accionar que desarrolla en el ámbito de sus relaciones con los particulares. Este principio fue introducido entre nosotros por el Dr. Pedro Jorge Coviello y ha tenido, como él lo señala, consagración implícita en muchos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia.[861]

---

[859] COVIELLO, P. (2004). *La protección de la Confianza Legítima del Administrado* (pp. 33 y ss). Lexis Nexos.

[860] FROMONT, M. (1990). Le principe de non retroactivité del lois. En *Annuarire internacional de Justice Constitutionelle* (pp. 321-325). Vol. VI. Persee.

[861] El Dr. Coviello ha expuesto la noción y las características del instituto y su aplicación en la jurisprudencia internacional y en la República Argentina en el artículo publicado por la revista *El Derecho* con fecha 4 de mayo de 1998 (Tomo 177, pág. 894), a cuya lectura remito a quienes les interese una mayor información. En dicho trabajo el autor, al referirse a los motivos para acordar protección jurídica a las expectativas legítimas, hace una cita de Forsofth que merece transcribirse: "Si el Ejecutivo asume en forma expresa o práctica un comportamiento determinado, el particular espera que tal actitud será ulteriormente seguida… ello es fundamental para el buen gobierno y sería monstruoso si el Ejecutivo pudiera renegar libremente de sus compromisos, la confianza pública en el gobierno no debe quedar indefensa". Se configura en el caso una situación de legítima confianza, surgida a partir de

una serie de comportamientos coincidentes por parte del organismo aduanero que llevaron a la convicción de la validez del procedimiento fiscal hasta entonces seguido. Tal confianza no puede dejar de tenerse en cuenta en la medida que está de por medio la vigencia de seguridad jurídica que tiene rango de valor constitucional (Fallos 243:465; 251:78; 252:134), el cual constituye una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento, cuya tutela innegable compete a los jueces (Fallos 242:501), y que es una imperiosa exigencia del régimen de la propiedad privada (Fallos 249:51); asimismo ver C.S.J.N., Causa E.106.X-XIII "Sevel" del 10 de octubre de 1996, especialmente considerandos 9 y 12; esta Sala I, in re "Scania", considerando XII del 9 de mayo de 1996 (Cám. Cont. Adm. Fed., Sala I, sentencia del 14.10.97, Causa Nº 52797/95 I.B.M. Argentina S.A. c/A.N.A., en Revista de Estudios Aduaneros Año VIII Nº 12, pág.212)." Y: "7º Que, consecuentemente, al haber procedido la actora en lo referente a las mencionadas operaciones de admisión temporaria de conformidad con la interpretación aceptada entonces por la Administración Nacional de Aduanas, no puede asignársele el incumplimiento de deberes inherentes a dicho régimen por la supuesta demora en la solicitud de nacionalización de los bienes. Al ser ello así, lo establecido en el art. 902. primera parte, del Código Aduanero obsta a la presentación punitiva del ente de control." "9º Que si bien tales precedentes aluden a la elaboración de nuevos criterios en el ámbito de la jurisprudencia de los tribunales, el principio que guía la doctrina que resulta de ellos –consistente en evitar que resulte frustrado el derecho de defensa de los litigantes que no pudieron prever esas modificaciones ni, lógicamente, adecuar a ellas sus actos ya cumplidos- resulta plenamente aplicable al sub examine puesto que la pretensión de la autoridad administrativa de juzgar con su nuevo criterio hechos ocurridos con anterioridad a que aquél se manifestase importa calificar de ilícitas a conductas realizadas con sujeción al régimen q que en esa época aquélla consideraba aplicable, lo cual configura un claro menoscabo de la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional en una materia –como es la referente a las multas aduaneras- a la que este Tribunal ha asignado naturaleza penal (Fallos 287:76 y sus citas).

El derecho a la buena administración no debe entenderse como un mero catálogo de aspiraciones de gestión o eficiencia gerencial, sino como un verdadero derecho subjetivo del ciudadano que exige del poder público una actuación equitativa, imparcial y sujeta a plazos razonables. Es precisamente en este escenario normativo donde el principio de protección de la confianza legítima adquiere un rol protagónico y articulador. La confianza legítima,[862] cuya raíz jurídica e intelectual se encuentra intrínsecamente ligada al principio general de la buena fe, opera como un límite infranqueable a la potestad discrecional de la Administración. No se trata de un concepto aislado, sino de un principio de carácter general que se coordina dinámicamente con la seguridad jurídica, la predictibilidad del ordenamiento y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.[863]

En materia de confianza legítima puede hacerse una diferencia entre su noción como derecho objetivo, y la que le corresponde como derecho subjetivo, por cuanto ésta se caracteriza por tener al mismo tiempo ambas dimensiones.

Como dimensión objetiva, la confianza legítima se configuraría en las reglas que favorecen en forma general los vínculos entre los

[862] La aplicación del principio a las prácticas administrativas, reconoce su base normativa en el Código de Buena Conducta Administrativa de la Comunidad Europea (28-07-1999), que en su art. 10, bajo el título "Legítimas expectativas y consistencia", consagra lo siguiente: "1. El funcionario será coherente con su propia práctica administrativa, así como con la actuación administrativa de la Institución. El funcionario seguirá las prácticas administrativas normales de la Institución, salvo que existan razones fundadas para apartarse de tales prácticas en un caso individual; 2. El funcionario respetará las legítimas y razonables expectativas que los miembros del público tengan a la luz de la actuación de la Institución en el pasado."

[863] BARNES, J. (2018). Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (21), pp. 77-123.

poderes públicos y los ciudadanos, constituyendo lo que denominan los alemanes "protección abstracta de la confianza", por cuanto se trata de normas impersonales que determinan una conducta específica a la generalidad de las situaciones y que fijan por sí mismos los criterios del régimen jurídico, sin necesidad de que el órgano encargado de aplicar tales normas despliegue un poder de apreciación de su alcance. Asimismo, la confianza legítima en sentido objetivo podría entenderse como una fuente de inspiración de la legislación y de la potestad reglamentaria, que traduce en reglas precisas los principios de seguridad, claridad, estabilidad y previsibilidad del público y de la actividad administrativa en general.

Dentro de las reglas que constituirían la materialización objetiva de la confianza legítima, se encuentran las siguientes: 1) las relativas a la elaboración y entrada en vigencia de las normas jurídicas, que garanticen su acceso y fácil interpretación, evitando los efectos perjudiciales que pueden suscitar las disposiciones novedosas; 2) las reglas que rigen la estabilidad de las situaciones jurídicas, tales como la caducidad, la preclusión de los lapsos y las garantías de inmutabilidad; 3) las reglas de procedimientos que establecen las condiciones de información, de consulta y de participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas o su intervención en las decisiones que les conciernen; 4) las reglas que rigen a la Administración, para obligarla a precisar su interpretación de la ley mediante directrices a las autoridades subordinadas, precisando las condiciones del ejercicio de su poder discrecional; 5) las reglas que definen las condiciones mediante las cuales la Administración puede asumir obligaciones y dar seguridades, precisando su alcance; 6) las reglas que rigen la responsabilidad de la Administración por los daños causados por una conducta que haya suscitado seguridades falsas; y 7) otras de naturaleza análoga.[864]

[864] WOEHRLING, J. M. (1998, 31 de julio). *General Report on legitimate expectation*. XV Congreso Internacional de Derecho Comparado, Bristol, Inglaterra.

La confianza legítima, en su dimensión subjetiva, se presentaría como un mecanismo de interpretación y de conciliación de los conceptos jurídicos indeterminados, como una forma de flexibilizar la legalidad objetiva con ocasión del examen de los casos particulares. Visto de tal forma, estamos aludiendo al ejercicio del poder discrecional que poseen, tanto el legislador y la autoridad administrativa, como el juez, al decidir las situaciones concretas. Se presentaría así la confianza legítima como un principio que permite interpretar, modelar o conferir, en los casos concretos, las reglas de derecho objetivo.

De tal manera, no puede desconocerse el paralelismo que existe entre ambas dimensiones y el desarrollo de los conceptos que, desde el derecho privado, informan a la buena fe objetiva y subjetiva que consagra el Código Civil y Comercial de Argentina.

Una serie de fundamentos básicos del derecho, en un grado mayor o menor, han sido vinculados por la doctrina con la idea de la confianza legítima. Los conceptos aludidos son: la buena fe, el estado de derecho, la seguridad jurídica, los derechos fundamentales, la equidad y la justicia natural.

Sin embargo, aquellos principios que mayormente informan al concepto en estudio se relacionan con la buena fe y la equidad en tanto este principio encuentra otro significado en el concepto de expectativa plausible, en virtud de la conducta que se espera desplieguen los órganos estatales.

La buena fe como principio jurídico configura una exigencia de lealtad y equidad en la ejecución e interpretación de los pactos, acuerdos y contratos. También rige respecto a la conducta esperada por parte de las autoridades, las cuales han sido constituidas en un sistema democrático a través de la elección popular, depositando a través del voto la confianza en las plataformas que los partidos políticos presentan en la competencia electoral. Estas plataformas traducen una idea de conducta que el ciudadano espera que se reproduzca a través de actos de gestión y no sea abandonada frustrando expectativas que respaldaron el acto electoral.

Los juristas que han analizado el tema de la confianza legítima lo ubican en la esfera de contraste entre los grandes valores polarizados del derecho: la seguridad que implica respeto hacia lo que ha surgido del pasado y la flexibilidad o poder de adaptación a los cambios, particularmente necesarias en una época como la actual en la cual tanto el Estado como los sujetos que de éste dependen se enfrentan a una sociedad de riesgos cada vez más compleja. Opera fundamentalmente ante la ausencia de una norma específica, donde cobran importancia fundamental las conductas desplegadas en torno a la situación planteada y su evolución.

El tema se relaciona a su vez con el concepto de la auto obligación y la teoría de la apariencia, que si bien ha tenido directa aplicación en el campo de la responsabilidad precontractual en el derecho privado, nada impide su aplicación en el campo de lo público, con especial conexión al sistema representativo de gobierno y la democracia participativa. Se amplía de tal forma el concepto de responsabilidad del Estado, abarcando las expectativas legítimas de los ciudadanos respecto al buen gobierno y la buena administración, conceptos inexpresables al comienzo del siglo XX, cuando responsabilizar al Estado resultaba una verdadera aventura jurídica, más aún respecto a derechos en expectativa.

En el mismo sentido, Lorenzetti (1993) señala que

> la declaración que emite un sujeto es relevante cuando es recepticia, está dirigida a otro y por lo tanto produce expectativas de confianza; es una declaración simple propia de las tratativas. Puede ser, además, una declaración unilateral vinculante, ya que tiene todos los antecedentes constitutivos de un contrato y la sola aceptación de la otra parte produce el consentimiento. Estamos ya en el terreno de la oferta. En este caso, como es principio en nuestro régimen jurídico, quien la emite tiene una facultad discrecional de revocación.

Y aclara que

> puede haber una declaración unilateral de voluntad vinculante, sin poder discrecional de revocación, dando lugar al fenómeno de la auto obligación, como es en el caso de renuncia a la facultad revocatoria, sometimiento a plazo de la oferta, promesas de recompensa, de fundación, de contrato, etc.). El mero incumplimiento de la obligación produce responsabilidad.[865]

Moroni (1987), por su parte, indica que la promesa al público aparece como un esquema, en el cual pueden ser insertos diversos negocios causales de contenido análogo al de los correspondientes contratos concluidos.[866]

Si bien los esbozados son conceptos aplicables a los contratos privados, como hemos dicho, los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Tal como señala Larenz (1958),

> la salvaguardia de la buena fe y el mantenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico y en particular de toda vinculación jurídica individual. Por esto, el principio no puede limitarse a las relaciones obligatorias, sino que es aplicable siempre que exista una especial vinculación jurídica y en este sentido se puede concurrir, por lo tanto, en el derecho de las cosas, en el derecho procesal y en el derecho público.[867]

---

[865] LORENZETTI, R. (1993). La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación. *La Ley*, 1993-B, 712. Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I - 927.

[866] MORONI, C. (1987). La promesa al público. *La Ley*, 1987-D, 956.

[867] LARENZ, K. (1958). *Derecho de las Obligaciones* (p. 144). Revista de Derecho Privado.

De esta manera, el concepto de buena fe se modela de acuerdo con la materia en la cual se plantea su presencia. En el campo de los contratos, la alusión a la buena fe se refiere a la lealtad, honestidad y fidelidad. En la esfera de lo penal, se vincula con el sentido de credibilidad, ligada a la confianza. En el ámbito de los bienes, extensivo al derecho de familia, se consustancia con la errónea conciencia o convicción respecto de una situación de hecho ligada al derecho (posesión de buena fe, matrimonio putativo). En la esfera de la hermenéutica jurídica equivale a la equidad interpretativa, a la interpretación ampliada que rechaza las ideas taxativas. Dentro de las relaciones jurídicas en general, se identifica con la noción de confianza. De todo lo anterior, podemos deducir que la buena fe como hecho ético-social representa a la lealtad, honestidad, fidelidad, confianza, credibilidad y a la segura creencia o convicción de no lesionar a otro.

En el derecho anglosajón, la idea de la confianza legítima se relaciona con el concepto de *stoppel* y es definido como "la prohibición que se hace una persona de retirar una seguridad que había dado, que aparentaba vincularla definitivamente, y sobre cuya base otra persona ha efectivamente actuado". El *stoppel* implica la prohibición a la persona que ha dado a otras seguridades sobre determinada materia, de contradecirse en detrimento de ella.[868]

Este ha de ser el espíritu que debe latir en los contenidos de las normas y actos producidos en el Estado social y democrático de derecho en el que vivimos, y en base a ello respetar las expectativas legítimas de buen gobierno que tal sistema genera, más aún desde las propias promesas electorales de quienes se postulan como candidatos al ejercicio del poder.

---

[868] DUSSAULT, R. (1974). *Traité de Droit Administratif Canadien et Québécoise*. University of Virginia.

III. Raíces romanísticas

Conforme se viene destacando del paradigma de la ley y del principio de legalidad, vinculando en forma estricta todo el obrar administrativo, se ha pasado a un concepto más flexible que reconoce su límite en el principio de juridicidad, limitando el obrar discrecional de la Administración a través de la aplicación de los principios generales del derecho, entre otros, el principio de confianza legítima o expectativa plausible.

Hemos expresado que el principio de confianza legítima encuentra su raíz en el principio de buena fe, siendo una de sus manifestaciones, pero aplicable a la conducta esperada por el administrador respecto de los actos de la Administración y los demás poderes, sin embargo, no desde un aspecto meramente subjetivo u opinable, creado en la conciencia particular de cada uno de los integrantes del grupo social, sino desde un aspecto totalmente objetivable, para lo que deben tomarse en cuenta las conductas desplegadas a través de las actuaciones precedentes, más allá de no encontrarse reglada dicha conducta. Para la mayoría de los analistas, es necesario que la expectativa sea conforme con el ordenamiento jurídico, en forma tal que no exista norma alguna que se oponga a la satisfacción de la pretensión, ni la califique tácita o expresamente de ilegítima y, asimismo, que exista buena fe en el sujeto activo.

El análisis de este principio en la historia del derecho romano debe distinguir dos etapas en las que tiene significados diferentes, la clásica y la postclásica. En la primera la buena fe se predica principalmente de las acciones o juicios, y sirve para distinguir entre las acciones o juicios de buena fe de aquellos otros llamados de derecho estricto, de suerte que la buena fe es fundamentalmente una cualidad que tienen ciertos juicios y que comporta un determinado modo o método de juicio. En la segunda, la buena fe se predica como una cualidad de los contratos o bien se sustantiviza, convirtiéndose en un principio jurídico del cual derivan reglas o prescripciones de carácter imperativo.

El principio de buena fe comienza a entenderse en esta etapa posclásica como un principio rector de la conducta. Son dos concepciones diferentes del mismo principio de buena fe (una lo entiende como método de juicio, la otra como regla de conducta), no necesariamente opuestas o contradictorias, si bien cada una tiene su propio contenido y sus peculiares consecuencias.

La *fides* es un principio fundamental del derecho romano que enuncia el deber de toda persona de respetar y cumplir su palabra. Se entiende como un principio vigente en todos los pueblos, es decir, de *ius gentium*, y no como un principio exclusivo de los romanos.

En el derecho romano clásico, la buena fe no es una regla de conducta, sino un método de decisión judicial que le otorga al juez mayor libertad para determinar la condena, haciendo una interpretación amplia (*interpretatio plenior*, según Carcaterra) del contenido de la fórmula y de lo realmente convenido por las partes.

Esa interpretación hace que el juez al sentenciar tenga en cuenta estos ocho criterios de juicio: 1) la consideración de la culpa (falta de diligencia) para definir el incumplimiento de las obligaciones contractuales y 2) el monto de la condena que ha de resarcir el interés del actor si la obligación no se hubiera cumplido; 3) la represión del dolo, entendido en sentido amplio como engaño provocado o aprovechamiento del error o ignorancia espontánea de la otra parte; 4) la interpretación del contrato con el criterio de discernir lo realmente convenido por las partes con preferencia a la literalidad de las palabras; 5) la consideración de todos los pactos que hubieran hecho las partes aunque no los invocaran en la fórmula; 6) el tener como convenidos los elementos naturales del negocio; 7) la compensación de las deudas recíprocas derivadas del mismo contrato; y 8) la consideración de la equidad o el equilibrio entre las prestaciones.[869]

[869] ADAMES GODDARD, J. (2005). *El principio de buena fe en el Derecho Romano y en los Contratos internacionales y su posible aplicación en los contratos de*

Así como previamente distinguimos el principio de legalidad del principio de juridicidad y la mayor flexibilización que otorgaba este último, abandonando el paradigma de la ley y la seguridad jurídica, en Roma esta concepción de la buena fe como principio o regla de conducta está relacionada con la evolución que tuvo el propio concepto de derecho. Este poder de adaptación reconoce en la sistematización del derecho romano un innegable antecedente.

Ya desde el propio derecho arcaico se reconoció una innovación estructurada de las normas a aplicar a través de la convivencia de antiguas instituciones con otras más modernas, de modo de evitar la resistencia al cambio y favorecer el arraigo de las nuevas figuras en la medida que produjeran un mayor beneficio a la sociedad. A su vez, a través de la *interpretatio* de los pontífices se fueron adaptando las normas a la incorporación de nuevas situaciones que respondían al contacto comercial de Roma con el resto de las ciudades del Mediterráneo.

Según establece Giuffrè (1989)[870] no hay duda que la vida de la comunidad humana en torno al Tíber en el primer siglo y medio desde su formación tuviera un tipo de actividad productiva muy limitada, una economía agro-pastoril en la que el préstamo se manifestaba como algo extremadamente raro. También es muy probable que las figuras del mutuo y el comodato o préstamo de uso se confundieran en un principio y que, dada su rareza, no encontraran regulación dentro de las *mores*. Existía una especie de solidaridad entre los *patres familiarum* de exigir el mutuo de bestias y sementales, para luego restituirlas generalmente con parte de sus frutos, ya sea del incremento

deuda externa. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; CARCATERRA, A. (1964). *In torno al bonae fidei iudicia* (pp. 36 y ss). Jovene.

[870] GIUFFRÉ, V. (1989). *La datio mutui. Prospettive romane e moderne* (pp. 25 y ss). Jovene.

del ganado o con parte de lo cosechado a partir del préstamo de las semillas. Cuando se altera la paridad entre los *patres*, surgiendo diversa colocación del estatus de los intervinientes en el préstamo de consumo, se atenuó naturalmente el rol de la *amicitia*.

Pero, dada la escasa relevancia que tenían el comercio y el intercambio negocial, el control social que ejercían los grupos primitivos resultaba eficaz y requería solo excepcionalmente la intervención del ordenamiento jurídico general. Intervendrá en los casos en que el consenso social que acompañara la actuación en la situación jurídica en particular no fuera lo suficientemente unánime y pusiera en peligro la estabilidad del orden general. Solo con el transcurso del tiempo se extenderá la intervención del poder a las cuestiones de índole privada, poniendo en este aspecto límite a la defensa personal, a la venganza. Pero existe un punto de partida diferente que va a definir la naturaleza del proceso romano en sus orígenes como privado, y así la distinción entre *iudicia privata* y *iudicia publica*. Esta distinción se va a centrar en la intervención del órgano público.[871]

En la etapa republicana se consolida la magistratura de la pretura, que tenía como función la *iurisdictio* atada a las rígidas disposiciones del *ius civile*.[872] No podía innovar sino a través de la denegación

---

[871] Lo que el antiguo ordenamiento jurídico, producto de un lento y secular acarreo histórico y convertido más tarde en derecho civil de los romanos, no pudo lograr, sin duda por su modo peculiar de sobrevalorar la voluntad soberana del *dominus*. Sí lo pudo hacer la *lex*, ya que ésta, siempre más moderna y estatal, nunca estuvo sujeta a esos compromisos con la antigüedad jurídica de Roma. Cfr. D'ORS, A. (1969). La *lex* romana, acto de magistrado. *Emérita*, (37), 137 y ss.

[872] Que el *ius* aparezca con significado de ritual en concretos términos lo encontramos en:

Gell. noct. Att. 11. 1. 4*:"Quando igitur nunc quoque a magistratibus populi Romani more maiorum multa dicitur vel minima vel suprema, observari solet ut oves genere virili appellentur; atque ita M. Varro verba haec legitima, legitima, quibus minima*

de la acción, pues se encontraba condicionado a las formas de las *legis actiones*.

Ante la expansión política, social y económica de la plebe en el año 367 a. C., la *Lex Licinia* llevó al Consulado al plebeyo *Sextus Lateranus* con la concesión de los patricios, que decidieron reservar para sí en forma provisoria la administración de justicia por medio de un magistrado de origen patricio que llevaba el nombre de *praetor*.[873]

El candidato para desempeñar este *munus publicum* tenía que contar con *ius suffragii* y el *ius honorum*, demostrar cierta cultura jurídica y elevada posición social para competir con éxito en los comicios por centurias. Conforme *Aulio Gellius*, Noct. Att. XIII, 15, los magistrados inferiores son elegidos en los comicios por tribus o más bien por una ley votada por las curias. Los magistrados superiores (como el pretor) son nombrados en los comicios por centurias. Al ganar las elecciones, el *praetor* electo necesitaba la ratificación del

---

multa dice retur, concepit: M. Terentio, quando citatus neque respondit neque neue excusatus est, ego ei unum ovem multam dico ac, nisi eo genere diceretur, negave runt iustam videri multam". "Por lo tanto, cuando incluso ahora los magistrados del pueblo romano imponen una multa según la costumbre de los antepasados (*mores maiorum*), ya sea la mínima o la máxima, se suele observar que las ovejas sean nombradas en género masculino; y así Marco Varrón consignó estas palabras rituales (*legitima verba*) con las cuales se imponía la multa mínima: 'Puesto que Marco Terencio, habiendo sido citado, ni respondió ni presentó excusa, a él le impongo la multa de un oveja (*unum ovem*)'; y afirmaron que, a menos que se dijera en ese género, la multa no parecía ser justa (legalmente válida)".

[873] PUGLIESE, G. (1997). *Scritti giuridici prescelti: Vol. I. Diritto romano*. Jovene. *"Il diritto è condizionato dal processo: l'ipotesi da prospettare è quella di un rapporto circolare tra l'uno e l'altro. Questo rapporto comprende pure l'eventualità della creazione del diritto nel e per effetto del processo, sia attraverso l'opera interpretativa ed evolutiva dei giudici, sia per l'esercizio dei particolari poteri riconosciuti ai pretori urbano e peregrino e ad altri magistrati giurisdizionali".*

Senado, la *auctoritas patrum*, que era una de las condiciones esenciales para el desempeño de la Magistratura (T. LIVIUS, VIII, 12.).

Pero la expansión territorial y comercial de Roma hizo que surgiera un nuevo magistrado hacia el 242 a. C., el pretor peregrino, cuya función se encontraba dirigida a declarar el derecho propiamente dicho, debido a que no se encontraba atado a la estrictez del *ius civile* respecto de los peregrinos. Así, ante la ausencia de norma, pudo aplicar un criterio que valoró la naturaleza de las cosas, la voluntad de las partes y la eticidad de sus procedentes o el proceder de las partes.

Según Pomponio (D. 1. 2. 2. 28), después de transcurridos algunos años y no bastando el pretor urbano,[874] porque un gran número de extranjeros acudían a la ciudad, se creó el pretor peregrino, que administraba justicia entre extranjeros y entre los quirites y peregrinos dentro de la ciudad.

Básicamente produjo una adaptación de las normas del *ius civile* y del derecho extranjero a través de principios generales como el de equidad y buena fe. Ello, toda vez que debía entender en las controversias planteadas no solo entre peregrinos, sino también entre peregrinos y ciudadanos romanos, sujetos estos últimos del *ius civile*. De allí la expresión de actuar *per concepta verba*, es decir, a través de palabras adaptadas en cada caso a la situación concreta, morigerando la estrictez de las normas que no eran aplicables a los peregrinos

[874] Para Antonio Fernández de Buján (2017), el cargo de pretor habría tenido una significación militar en sus orígenes. Se trataría de un jefe del Ejército, pero a partir de las leyes *Liciniae-Sextiae* del año 367 a. C., la tradición atribuye al pretor competencia específica en materia de proceso civil, el cual se desarrollaría en una primera instancia ante el pretor, que sería el encargado de decir el derecho aplicable y encauzar el litigio, para que en una segunda etapa fuera decidido por un juez, un árbitro o un tribunal de jueces, que serían, en última instancia, los que dictarían sentencia.

y produciendo una inmejorable evolución en las instituciones al ritmo que la sociedad y el comercio iban requiriendo.

Y así, el término *fides*[875] forma parte de "una constelación relativamente amplia de términos a través de los cuales la inteligencia romana entre los siglos III y II a. C. representaba la conexión entre política y ética civil". La *fides* adquiere fuerza jurídica operativa, es decir, valor instrumental, "de manera completamente homogénea al estilo de los juristas romanos que, en su actividad profesional, se colocan siempre sobre la realidad de su tiempo, teniendo presente los valores corrientes de la sociedad romana".[876]

Claramente, esta situación se produjo en materia procesal, conviviendo las *legis actiones*, de excesivo rigor ritual, con el procedimiento formulario, que finalmente las desplaza, como hemos dicho, por su mayor flexibilidad. En general, la labor del pretor peregrino se encontró orientada a esta flexibilización, adaptando instituciones del *ius civile* de modo de privilegiar la movilidad jurídica a la luz de la equidad y el principio de buena fe. Es decir, su labor estuvo orientada por lo que hoy se conoce como el principio de confianza legítima, otorgando una mayor flexibilización a la norma pero contenido por límites claros que básicamente no defraudaran las expectativas sociales.

---

[875] El concepto de *fides* se extrae de la propia etimología del término. Así lo hace Cicerón en *de re publica* 4,7,21: "Me parece que se cumple la auténtica etimología de *fides* cuando se hace lo que se dice". Una idea reiterada en *de officiis* 1, 7, 23: "Osemos, sin embargo, imitar a los estoicos que buscan con afán la etimología de las palabras y tengamos por bueno que *fides* se ha llamado así porque se hace lo que se dice".

[876] TALAMANCA, M. (2003). La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln" e valori dell'ordinamento. En *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Studi in onore di A. Biscardi* (pp.310-311). Cedam.

La forma externa por medio de la cual el pretor urbano[877] publicaba el contenido, extensión y límites de su competencia, su proyecto oficial, que en griego llamaron programa y el latín *Edictum*, se llevaba a cabo mediante tablas blanqueadas (*album*) que contenían el programa del pretor. Originariamente era *edicto*, expresado oralmente, publicado en forma nuncupativa, pregonado con voz viva.

A su vez, a través del Edicto, el pretor generaba una situación que acercaba la debida seguridad a la protección de los derechos que serían reconocidos y cuyas acciones se transmitían a su sucesor (*edictum traslaticium*), quien establecía las modificaciones que la experiencia indujera, aportando la debida flexibilización.

No existía, por lo tanto, un cambio rotundo de las reglas anuales que había aplicado su predecesor, aportando seguridad a las relaciones jurídicas y estabilidad al derecho aplicable.

Por medio de la *lex Cornelia* (67 a. C.) se impuso a los pretores la obligación de respetar su propio Edicto, plasmando en una norma la expectativa plausible que venía manifestando la ciudadanía y tal como se producía en los hechos. Encontramos aquí una clara manifestación de la protección de la confianza legítima del ciudadano, que al conservar las reglas preestablecidas redundaba, sin duda alguna, en seguridad jurídica. Esto convertiría en fuente formal del derecho a las diferentes normas contenidas en el Edicto, que por labor del emperador Adriano se constituyó en inmutable.

Podemos esbozar como fundamento de la expectativa plausible respecto a la labor desplegada por las magistraturas de la *respublicae* romana dos características fundamentales, como lo son el hecho de ser electivas y responsables. Ello, toda vez que, a través del voto de

[877] "Bajo el pretexto que solo ellos conocían la jurisprudencia, hicieron desmembrar del Consulado, abierto ya a los plebeyos, todas las atribuciones judiciales; nombróse un tercer cónsul especial, un pretor, para administrar justicia" (Mommsen, 1953, p. 325).

los comicios se deposita la confianza en la gestión que el magistrado propone, debiendo rendir la debida cuenta de sus actos una vez finalizada, dado el carácter responsable que revestían las magistraturas romanas.

Por lo tanto, se puede concluir que la innovación y el aporte que realizó el pretor a la evolución del derecho se adaptó sin duda a las necesidades sociales y a la evolución que éstas requerían, pero al resguardo de sus expectativas y tomando en consideración no solo las reglas preexistentes que en materia de derecho se venían desarrollando, sino que ante situaciones nuevas hizo lugar a la aplicación de principios que las morigeraran, con el mayor aporte que puede hacerse al orden jurídico, que es el convertirlo en un instrumento para el bienestar general y la paz social.

IV. El principio de confianza legítima en la Ley de Procedimientos Administrativos Nacional

La Ley de Bases (N° 27.742) actualizó las reglas del derecho administrativo en Argentina para dar más seguridad jurídica a los ciudadanos y frenar los abusos del Estado. Su mayor cambio está en el artículo 1º bis de la Ley 19.549, donde se detallan los valores que deben guiar a la gestión pública. El principio más relevante es el de confianza legítima, que prohíbe al Estado cambiar de criterios de forma sorpresiva si antes generó una expectativa clara.

Previamente, distintos pronunciamientos de nuestra Corte Suprema hicieron mención directa o indirecta a la protección de la confianza, sobre todo bajo el uso de la denominación "legítimas expectativas", al igual que otros tribunales inferiores y locales (Fallos: 326:417, 327:4495, 331:1815 y 338:212, entre muchos).

El legislador, a través de la reforma de la Ley de Procedimientos

Administrativos, ha enumerado un catálogo de principios rectores[878] que deben informar toda actuación administrativa: juridicidad y razonabilidad; proporcionalidad y buena fe; confianza legítima y transparencia y tutela administrativa efectiva, entre otros.

De este elenco, la confianza legítima emerge como un eje transversal de la reforma. Su inclusión expresa obliga a los operadores jurídicos a priorizar la estabilidad de las situaciones generadas por el comportamiento estatal coherente.

De tal manera, el artículo 1º bis lo incorpora de manera expresa en el catálogo de principios rectores que deben guiar toda la actividad estatal.[879] Deja de ser una mera pauta de interpretación para

---

[878] ALEXY, R. (1988). Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica. *Revista Doxa* (5), p. 139 y ss. El autor refiere que a la pregunta de si existe para todo caso jurídico una única respuesta correcta, que produjera uno de los problemas más discutidos, centralmente por HART y DWORKIN, existen dos posiciones: "Según la perspectiva positivista, el sistema jurídico es, al menos en lo esencial, un sistema de reglas que se pueden identificar como reglas jurídicas sobre la base de su validez y eficacia. Un tal sistema jurídico es siempre, por diversos motivos, un sistema abierto; sobre todo, por causa de la vaguedad del lenguaje del Derecho, la posibilidad de conflictos entre normas y la existencia de casos no regulados. (…) Dworkin contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico un modelo de principios. Según el modelo de principios, el sistema jurídico está compuesto, además de por reglas, de un modo esencial, por principios jurídicos. Los principios jurídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta correcta. La única respuesta correcta o verdadera sería así la que mejor pueda justificarse a través de una teoría substantiva que contenga aquellos principios y ponderaciones de principios que mejor se correspondan con la constitución, las reglas de Derecho y los precedentes".

[879] En tal sentido, sostiene Comadira que "(...) Así, el principio de juridicidad implica que las autoridades administrativas deben actuar con sujeción a los principios

convertirse en una obligación legal para el funcionario público, reforzando principalmente la estabilidad del acto administrativo regular, impidiendo que el Estado vuelva sobre sus propios actos si generó una situación de confianza que el administrado no provocó de mala fe. Podría entonces asimilarse a una consecuencia del *alterum non laedere*.[880]

La tutela de la confianza demuestra una interacción sistémica en el ordenamiento dado que, en materia de derecho privado, el artículo 1067 del CCyC establece que la interpretación debe proteger la confianza y la lealtad recíproca, prohibiendo la contradicción con conductas previas jurídicamente relevantes.

---

generales del derecho —aquellos que derivan de la dignidad de la persona y de la naturaleza objetiva de las cosas a la Constitución Nacional, a los principios que surgen de ella, a los tratados internacionales —que gozan de jerarquía normativa superior a las leyes desde la reforma constitucional de 1994 … a la ley formal, a los reglamentos —en subordinación expresada en el conocido principio de inderogabilidad singular de los reglamentos— a los precedentes administrativos, en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, y, según alguna doctrina, a ciertos contratos administrativos". Ver COMADIRA, J. R. (2003). La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial. *El Derecho*, (186), 600.

[880] Como sostiene Alfredo Di Pietro, "la expresión *alterum non laedere* cobra entonces más fuerza, pues no se reduce a lo que podríamos entender como no dañar, sino que viene a significar un 'no lidiar', 'no pugnar' con los demás, entendiendo que la paz es uno de los fines del derecho… Por ello, cuando Ulpiano afirma *alterum non laedere* como un precepto de la justicia, está afirmando algo más que un mero 'no dañar'; Está afirmando que debemos evitar toda confrontación, toda agresión, toda lidia con nuestros semejantes". Conforme Opinión en el sitio https://abogados.com.ar/sobre-el-principio-alterum-non-laedere/19508

V. Conclusiones

Si bien la mayoría de los administrativistas explican la noción del principio de confianza legítima desde la génesis europea, lo cierto es que, como derivado de la buena fe y en el *officium* del pretor, en su sentido originario de deber moral y de honradez cívica en la gestión encomendada,[881] puede explicarse con mayor claridad, como una contribución esencial de Roma a nuestras instituciones republicanas.

[881] Cicerón acuñó el término latino *officium* en su célebre tratado *De Officiis* (Sobre los deberes) para traducir el concepto estoico del griego *kathêkon*. Para el autor, el *officium* representa la acción moralmente recta y el deber cívico indispensable que vincula al individuo con el Estado.

El principio de autonomía progresiva en materia de capacidad

Gabriela Victoria Morel[882]

I. Introducción

La reforma del Código Civil de Vélez Sarsfield, ocurrida mediante la Ley 26.994 que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015, produjo la unificación de los códigos Civil y Comercial y, a su vez, la modificación e incorporación de distintos institutos jurídicos.

Entre los cambios ocurridos encontramos la recepción del principio de autonomía progresiva en materia de capacidad de niñas, niños y adolescentes. Si bien este cambio responde a la incorporación de estándares internacionales en materia de derechos humanos, en el presente trabajo nos proponemos rastrear su raíz romanista.

[882] Abogada, especialista y maestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública (Universidad de Buenos Aires) y Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bologna). Profesora adjunta en la materia de Derecho Romano, cátedra Mirta Álvarez, y jefa de trabajos prácticos en la materia Elementos de Derecho Administrativo, cátedra Carlos Balbín, Facultad de Derecho (UBA). Investigadora externa en UFLO Universidad. Secretaria de Juzgado de Primera Instancia CAyT de CABA. Contacto: gabrielamorel@derecho.uba.ar.

II. Principio de autonomía progresiva

El artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyCN),[883] dispone que las personas menores de edad ejercen sus derechos conforme a su edad y grado de madurez, y que deben ser oídas y participar en las decisiones que las afecten.

Cabe destacar que el artículo 639 del CCyCN,[884] al enumerar los principios por los cuales se rige la responsabilidad parental, reafirma

---

883 "Artículo 26. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo".

884 "Artículo 639. Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez".

lo dispuesto en el anterior artículo citado al mencionar en forma expresa que deben tenerse en cuenta las "características psicofísicas, aptitudes y desarrollo" del niño, niña o adolescente. A su vez, señala que, a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de sus hijos/as.

Estos artículos constituyen el núcleo de la reforma en materia de capacidad. En ellos se reconoce el principio de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos.

Ello ha significado un verdadero cambio de paradigma en materia de capacidad de las personas, especialmente de niñas, niños y adolescentes. A su vez, implica que se

> traslada el eje desde el concepto rígido de capacidad determinado a partir de la pauta etaria, hacia la noción más empírica de competencia (…), derivada del campo bioético. Este parámetro, independiente de la capacidad civil, habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular.[885]

Este nuevo modelo resulta dinámico y evolutivo, pues reconoce el grado de madurez de cada persona y la aptitud del sujeto para comprender el alcance de sus actos y ejercer los derechos por sí mismo.

Kemelmajer, Herrera, Lamm y Fernández (2015) [886] explican que la incorporación de este principio a nuestro ordenamiento jurídico obliga a determinar, en cada caso, qué actos puede realizar la persona menor de edad por sí misma, cuáles requieren el asentimiento de

---

[885] CARAMELO G., PICASSO S., & HERRERA M. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (pp. 65-66). Infojus.

[886] KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E., & FERNÁNDEZ, S. (2015, 1° de agosto). El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación. *Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica*. https://www.infojus.gob.ar/.

sus progenitores y cuándo corresponde la intervención del Ministerio Público.[887]

La Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN), tratado con rango constitucional, conforme lo preceptuado en el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, ya receptaba este principio, aunque de manera implícita, en sus artículos 5 y 12.[888]

---

[887] La intervención del Ministerio Público Tutelar se encuentra regulada en el artículo 103 del CCyCN: "Actuación del Ministerio Público. La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. b) Es principal: i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales".

[888] Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: "Artículo 5: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. Artículo 12: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo

Allí se consagra normativamente el hecho de que

> la autonomía no se adquiere de manera automática al llegar a la mayoría de edad sino que puede ser obtenida de manera previa, de conformidad con la evolución de las facultades de los niños, niñas y adolescentes. La norma citada, además, reconoce expresamente que el deber de los responsables de brindar una dirección y orientación tiene un objetivo específico: lograr que el niño, niña y adolescente ejerza los derechos reconocidos en la Convención.[889]

Resulta relevante que el Comité de los Derechos del Niño, órgano de 18 expertos independientes que supervisa la aplicación de la CDN por parte de sus Estados parte,[890] en la Observación General N° 20, se pronunció sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia. En este contexto, subrayó la necesidad de un enfoque que promueva el respeto por el desarrollo evolutivo de las facultades y garantice espacios reales de participación y decisión en todas las cuestiones que los afectan, conforme los artículos 5 y 12 de la CDN.

Asimismo, a nivel nacional, la Defensoría de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, organismo creado en el marco de la Ley

---

procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

889 "Las Decisiones de los Niños, Niñas y Adolescentes a la Luz del Principio de Autonomía Personal", documento de trabajo Nº 6 del Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 5. https://mptutelar.gob.ar.

890 El Comité de los Derechos del Niño (CDN) también supervisa la aplicación de los Protocolos Facultativos de la Convención, sobre la participación de niños en conflictos armados y sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil. https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc.

26.061 de Protección Integral de los Niñas, Niños y Adolescentes, emitió la Recomendación 11 de 2024, donde sostuvo que no debemos pensar a "las y los adolescentes como sujetos incompletos; sino que en un marco de acompañamiento y cuidado deben ser escuchados y reconocidos como protagonistas de su propio desarrollo".

En línea con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) también se ha pronunciado al respecto y ha sostenido que

> la protección especial derivada del artículo 19 de la Convención[891] implica que la observancia por parte del Estado de las garantías de debido proceso se traduce en algunas garantías o componentes diferenciados en el caso de niños, niñas y adolescentes, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso no se da en las mismas condiciones que un adulto. El sistema de justicia adaptado a los niños, niñas y adolescentes importará que exista una justicia accesible y apropiada a cada uno de ellos, que tome en consideración no solo el principio del interés superior, sino también su derecho a la participación con base en sus capacidades en constante evolución, conforme a su edad, grado de madurez y nivel de comprensión, sin discriminación alguna.[892]

---

[891] Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Artículo 19. Derecho del Niño. Todo niño tiene un derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia de la sociedad y del Estado".

[892] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "*V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*", sentencia del 8 de marzo de 2018, párr. 158; en sentido similar, Opinión Consultiva OC-17/02, emitida el 28 de agosto de 2002, párrs. 96 y 98, Opinión Consultiva OC-21114, emitida el 19 de agosto de 2014, párrs. 114 y 115, y "*Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*", sentencia del 9 de marzo de 2018, párrs. 150, 152 y 172. Citado en el dictamen del Ministerio Público Fiscal en el marco de la causa: *"B., C. R y otros el T., R. E. s/tenencia de hijos",* 9 de agosto de 2018.

En función del recorrido efectuado es posible observar el reconocimiento del principio de la autonomía progresiva en materia de capacidad bajo una mirada desde los derechos humanos, superando la visión anterior adultocéntrica.

Esta concepción, que para algunos autores resulta novedosa y cuyo origen se analiza exclusivamente a partir de instrumentos internacionales, encuentra sus raíces en el derecho romano.

III. Antecedentes romanistas

En Roma, no todo ser humano era sujeto de derecho. En lo que respecta a la capacidad, junto al *status libertatis* y *civitatis*, el *status familiae* imponía una distinción fundamental: la que separaba a las personas *sui iuris* de las *alieni iuris*.

En el derecho romano temprano solo era plenamente persona quien reunía las condiciones de varón, libre, ciudadano y *paterfamilias*.[893] Ello toda vez que es el único *sui iuris* en la familia, quedando los demás integrantes bajo la categoría de *alieni iuris*.[894]

En el caso de las personas *sui iuris*, la plena capacidad de derecho privado podía verse restringida por razones de edad, sexo o por enfermedad mental. Es en este contexto que la voluntad de una persona *sui iuris* podía ser sustituida, integrada o controlada por otra a fin de protegerla a ella misma o a la familia a la que pertenecía. Estas situaciones diversas se circunscriben bajo los institutos de la tutela y curatela.

Deteniéndose en la tutela por razones de edad, es decir, casos de

[893] FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A. (2021). *Derecho Público Romano* (p. 124). Aranzadi-Civitas.

[894] DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano* (p. 93). Depalma.

impúberes *sui iuris* por muerte del *pater* o personas emancipadas antes de llegar a la pubertad. Se observa que, conforme surge del Digesto 26.1.1, la tutela se definía como "un poder conferido por el Derecho civil sobre una persona libre, para proteger a quien, por razón de la edad, no puede defenderse por sí mismo".

En los primeros tiempos existía la tutela de los agnados, que respondía a un interés patrimonial, pero progresivamente durante la República se le fue atribuyendo una función protectoria. Como observa Di Pietro (1999), el pretor tenía el deber de designar un tutor cuando no existía tutela testamentaria o legítima, desplazando así el interés privado en favor de una función pública de protección.

Desde esta perspectiva, puede advertirse que los romanos distinguieron entre infantes, impúberes y púberes.

Los infantes carecían de capacidad de obrar. En tanto, no podían "expresar un pensamiento razonable".[895] Es decir, era el caso de los niños que no podían pronunciar las palabras en los actos jurídicos por carecer totalmente de la comprensión. En consecuencia, carecen de posibilidad de obrar en los actos jurídicos y tampoco son responsables por la comisión de delitos.[896]

Durante la época clásica no existió una edad fija para la infancia, sino que se valoraba caso por caso, según el discernimiento del menor. Recién Justiniano fijó la edad de siete años, estableciendo así un criterio objetivo.

Los impúberes, es decir, "aquellos que aún no han alcanzado la capacidad de procrear", podían realizar ciertos actos, pero debían contar con la *auctoritas* del tutor.

En el caso de la *pubertas*, existió una discrepancia entre las escuelas sabiniana y proculeyana. Los sabinianos la consideraban una cuestión de hecho, de modo que era el *pater* quien determinaba cuándo

[895] ARANGIO RUIZ, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano* (p. 556). Depalma.

[896] DI PIETRO, *op. cit.*, p. 94.

"el varón manifestaba por signos corporales (*habitus corporis*) que era capaz de procrear".[897] Es decir, los sabinianos la consideraban un hecho comprobable, mientras los proculeyanos fijaron 14 años para los varones y 12 para las mujeres, sin requerimiento de una *inspectio corporis*. Este último criterio prevaleció en la decisión de Justiniano (C. 5. 60. 3; Inst., 1. 22, pr). Con todo, más allá de la solución adoptada por Justiniano, la discusión refleja una concepción de la madurez como hecho verificable, no solo cronológico.

En este punto resulta especialmente ilustrativo detenerse en la *auctoritas tutoris*, institución que revela con claridad la lógica de capacidad gradual que subyacía en Roma. La *auctoritas* del tutor no debe confundirse con la representación en sentido moderno: no era el tutor quien actuaba *en lugar* del impúber, sino que intervenía *junto a él*, completando su voluntad para dar validez jurídica al acto. El impúber era parte del negocio; el tutor lo habilitaba.

Las fuentes distinguen con precisión dos modos de actuación: la *gestio*, mediante la cual el tutor administraba directamente el patrimonio cuando el pupilo era un *infans* —careciendo éste de todo discernimiento—, y la *auctoritas interpositio*, forma propia de actuación cuando el pupilo contaba ya con algún grado de comprensión.[898]

A la distinción anteriormente señalada cabe agregar aquella que distingue entre los *infantiae proximi* y los *pubertati proximi*. Los *infantiae proximi* eran aquellos impúberes cuya edad y desarrollo los ubicaban en la proximidad de la infancia. Por su escaso discernimiento, los juristas los asimilaban a los infantes y, en consecuencia, los consideraban inimputables.

El fundamento no era cronológico sino cognitivo: la ausencia de comprensión real del alcance del acto equiparaba al *infantiae*

---

[897] *Ibidem*.

[898] PEÑA GUZMAN, L. A., & ARGÜELLO, L. R. (1962). *Derecho Romano* (p. 536). T. II. TEA.

proximus con quien directamente carecía del uso de la palabra y la razón. Esto se evidencia en un pasaje de D. 9. 2. 5. 2, donde se analiza la capacidad del demente furioso, del infante y del impúber para responder por el daño causado:

> Y por esto preguntamos, si un furioso hubiere causado el daño, ¿habrá la acción de ley Aquilia? Y Pegaso dijo que no; porque ¿qué culpa habría en él, no estando en su juicio? Y esto es muy verdadero; cesará, pues, la acción de la ley Aquilia, así como no es aplicable la ley Aquilia si un cuadrúpedo hubiere causado el daño, ó si hubiere caído una teja. Pero también si un infante hubiere causado el daño, deberá decirse lo mismo. Pero si lo hubiera hecho un impúbero, dice Labeón, que puesto que se obliga por el hurto, queda él obligado también por la ley Aquilia; y opino que esto es verdad, si ya fuera capaz de injuria —*iniuriae capax*—.

De acuerdo a la cita transcripta, el *infans* o quien le es próximo no responde por el daño causado en los términos de la *Lex Aquilia*, precisamente porque le falta la capacidad de entender y querer llevar adelante el acto dañoso. La responsabilidad presuponía un umbral mínimo de comprensión.

En el extremo opuesto se encontraban los *pubertati proximi*, impúberes cuyo desarrollo los acercaba ya a la pubertad. A éstos, los juristas les reconocían capacidad de dolo y responsabilidad por los delitos que cometían. El criterio determinante, como se explica en *Institutas* 4. 1. 18, era que el *pubertati proximus* "se da cuenta del acto que comete", es decir, comprende —*intelligat*— el alcance y las consecuencias de su conducta. Esa comprensión, y no la edad en sí misma, era lo que habilitaba la imputación. Se trata, en rigor, de un juicio de madurez cognitiva aplicado caso por caso, sin recurrir a una regla etaria fija.

A su vez, cabe señalar que, en materia de negocios jurídicos, la incapacidad de hecho de los infantes mayores era relativa dado que

podían realizar sin intervención del tutor todos los actos jurídicos tendientes a beneficiar su patrimonio.[899]

Continuando el análisis, encontramos la *Lex Plaetoria* —también referida en las fuentes como *Lex Laetoria*— dictada en el año 191 a. C. Esta ley introdujo una acción popular (*actio*) que podía ejercerse contra quien hubiera obtenido ventaja de un menor de veinticinco años mediante un negocio que implicara engaño o aprovechamiento de su inexperiencia. La acción podía ser promovida no solo por el propio menor, sino por cualquier ciudadano, lo que revela que la protección era concebida como un interés público y no meramente individual. La consecuencia para el infractor era de naturaleza infamante, lo que dotaba a la ley de una eficacia disuasoria considerable en la práctica negocial romana. El pretor complementó este régimen mediante la *exceptio legis Plaetoriae*, defensa procesal que el menor podía oponer frente a quien intentara ejecutar en su contra un contrato celebrado en su perjuicio, cuya procedencia dependía de la valoración concreta de las circunstancias del caso.[900]

En consecuencia, la curatela de los menores dejó así de ser exclusivamente una institución impuesta y pasó a funcionar también como un mecanismo de habilitación voluntaria negociado entre las partes, lo que le confirió una notable flexibilidad práctica. Ello toda vez que la *Lex Plaetoria* y su desarrollo pretorio no prohibían al menor contratar, sino que articulaban un sistema de protección flexible, activable a posteriori y dependiente de la evaluación concreta del perjuicio sufrido. En definitiva, la solución jurídica renuncia a la rigidez de la regla fija y apuesta por la valoración situada de cada caso.

En relación a lo anterior, es menester mencionar la *venia aetatis*

---

[899] PEÑA GUZMAN & ARGÜELLO, *op. cit.*, p. 537.

[900] GARCÍA GÉRBOLES, L. (2014). Minoría de edad y legislación justinianea. *Anuario Jurídico Universidad Villanueva*, *12*(56). 327-341. https://digiuv.villanueva.edu/bitstream/handle/20.500.12766/38/AJV8-13.pdf?sequence=1&isAllowed=y

—dispensa de edad—, instituto del derecho posclásico que constituye un antecedente del principio de autonomía progresiva en su formulación moderna y que demuestra que "en Roma no podemos hablar estrictamente de 'mayoría de edad' y, por tanto, de un momento temporal en el que la persona adquiere por el simple hecho natural de 'cumplir años' un determinado status que le proporcione capacidad de obrar".[901]

La *venia aetatis* consistía en una dispensa imperial mediante la cual se anticipaba la plena capacidad jurídica a quienes aún no habían alcanzado los veinticinco años —edad a partir de la cual el derecho romano consideraba al sujeto plenamente capaz para los negocios— pero demostraban reunir la madurez suficiente para prescindir de la protección que la curatela les brindaba. La dispensa podía otorgarse a los varones que hubieran cumplido veinte años y a las mujeres que hubieran cumplido dieciocho, siempre que acreditaran ante el emperador —o ante el magistrado competente en las provincias— condiciones de madurez e idoneidad que justificaran la anticipación (C. 2. 44). No se trataba, por tanto, de un beneficio automático vinculado a la edad, sino de una evaluación concreta de las aptitudes del solicitante.

Los efectos de la *venia aetatis* eran amplios: quien la obtenía quedaba habilitado para administrar su propio patrimonio, celebrar negocios jurídicos sin la intervención del curador y comparecer en juicio por derecho propio. Sin embargo, la dispensa no era ilimitada. En materia de enajenación de inmuebles, por ejemplo, el beneficiario de la venia continuaba sujeto a ciertas restricciones, lo

[901] COLMENAR MALLÉN, M. C. (2025). La Capacidad de la Persona: Evolución histórica, desde el derecho romano hasta el derecho actual, En LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, M. C. (Dir.). *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo* (p. 45). T. II. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Universidad de Oviedo.

que revela que incluso dentro del instituto subsistía una lógica de graduación según la naturaleza e importancia del acto.[902]

Lo que resulta jurídicamente significativo es la estructura del instituto. La plena capacidad no se adquiría de manera automática al cumplir una edad determinada, sino que podía anticiparse mediante un juicio individualizado sobre la madurez del sujeto, o bien diferirse si las circunstancias lo justificaban.

IV. Conclusión

El recorrido realizado en este trabajo permite afirmar que el principio de autonomía progresiva, lejos de ser una creación normativa reciente, constituye una vuelta al pensamiento jurídico romano.

El derecho romano no conoció, desde luego, la noción moderna de derechos del niño, niña y adolescente ni el lenguaje de los derechos humanos. Pero sí desarrolló una respuesta al mismo problema que hoy nos ocupa: cómo articular jurídicamente el hecho de que la capacidad no es un dato binario —presente o ausente— sino un proceso gradual cuyo ritmo varía según el desarrollo individual de cada persona.

La tutela lo expresó al distinguir entre la *gestio*, reservada a quien carecía de todo discernimiento, y la *auctoritas interpositio*, que completaba sin reemplazar la voluntad de quien ya lo tenía parcialmente. La distinción entre *infantiae proximi* y *pubertati proximi* lo confirmó al demostrar que la responsabilidad no dependía de la edad sino de la comprensión real del acto. La *Lex Plaetoria* lo tradujo en una protección flexible y activable caso por caso, alejada de toda regla rígida.

---

[902] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2013). *Derecho Privado Romano* (p. 217). 6° ed. Iustel.

Y la *venia aetatis* lo culminó al permitir anticipar la plena capacidad a quien demostrara madurez suficiente, sin esperar el cumplimiento de un plazo fijo. Todos estos institutos responden, con distinto vocabulario pero idéntica lógica, al mismo principio que hoy recoge el artículo 26 del CCyCN.

V. Referencias

ARANGIO RUIZ, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Depalma.

CARAMELO G., PICASSO S., & HERRERA M. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Infojus.

COLMENAR MALLÉN, M. C. (2025). La Capacidad de la Persona: Evolución histórica, desde el derecho romano hasta el derecho actual, En LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, M. C. (Dir.). *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*. T. II. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Universidad de Oviedo.

DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Depalma.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A. (2021). *Derecho Público Romano*. Aranzadi-Civitas.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2013). *Derecho Privado Romano* (p. 217). 6° ed. Iustel.

GARCÍA GÉRBOLES, L. (2014). Minoría de edad y legislación justinianea. *Anuario Jurídico Universidad Villanueva*,

12(56). 327-341. https://digiuv.villanueva.edu/bitstream/handle/20.500.12766/38/AJV8-13.pdf?sequence=1&isAllowed=y

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E., & FERNÁNDEZ, S. (2015, 1° de agosto). El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación. *Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica*. https://www.infojus.gob.ar/.

PEÑA GUZMAN, L. A., & ARGÜELLO, L. R. (1962). *Derecho Romano*. T. II. TEA.

Rebus sic stantibus: imposibilidad sobrevenida y equilibrio contractual

Pilar Pérez Álvarez[903]

I. Introducción

El derecho romano clásico desarrolló un sistema de responsabilidad contractual profundamente condicionado por la naturaleza casuística de su jurisprudencia y por la centralidad del acuerdo de voluntades como fundamento del vínculo obligacional. En este contexto, el principio *pacta sunt servanda* se erige como uno de los pilares del sistema, garantizando la fuerza vinculante del contrato y la seguridad del tráfico jurídico. Sin embargo, la experiencia romana no permaneció ajena a los problemas derivados de la aparición de circunstancias sobrevenidas que, sin ser imputables a las partes, alteran o incluso impiden la ejecución de las prestaciones.

En particular, la *distantia temporis* existente entre la celebración y la ejecución del contrato abre la posibilidad de que se produzcan acontecimientos extraordinarios —como el *casus* o la *vis maior*—

[903] Catedrática de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid. Contacto: pilar.perez@uam.es.

capaces de generar situaciones de imposibilidad sobrevenida o de alteración sustancial del equilibrio contractual. Ante estos supuestos, la cuestión fundamental que se plantea es determinar en qué medida tales eventos liberan al deudor, cómo se distribuye el riesgo entre las partes (*periculum*) y qué mecanismos permiten restablecer el equilibrio del contrato cuando su finalidad aún pueda cumplirse. Veremos que en Roma se utilizaron instrumentos —semejantes a los siguen utilizándose en la actualiadad—[904] para revisar o adaptar determinadas relaciones contractuales cuando el fin inicialmente previsto todavía era alcanzable, garantizando así un cumplimiento equitativo de las obligaciones.

Nuestro objetivo no es abordar de forma exhaustiva el complejo sistema de responsabilidad contractual ni el análisis particularizado de cada uno de los tipos contractuales en los que estas reglas encuentran aplicación, sino examinar específicamente los efectos jurídicos derivados de aquellos eventos sobrevenidos no imputables

[904] El derecho civil actual soluciona este tipo de cuestiones a través de varias vías, fundamentalmente, tres: la fuerza mayor, la buena fe y la cláusula *rebus sic stantibus.* Ver GREGORACI, B. (2020). El impacto de la COVID-19 en el Derecho de contratos español, *ADC*, *(LXXIII)*2, 458. En cuanto a la fuerza mayor, actualmente libera al deudor cuando la prestación debida se haya hecho imposible por causa que no le sea imputable o bien le exonera de las consecuencias de la falta de un exacto cumplimiento, cuando la obligación sea todavía de posible cumplimiento. Ver DIEZ SOTO, C. M., & GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2021). Los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados de la Covid-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el Derecho español. *Cuadernos de Derecho Transnacional, (13)*1, 192. La buena fe (*bona fides*), consagrada en el artículo 1258 del CC como principio informador del derecho de contratos, no llegó a adquirir tal carácter en el derecho romano, si bien tuvo una evolución expansiva sobre la base de la discrecionalidad pretoria y la labor interpretativa de la jurisprudencia.

a las partes que provocan incumplimientos definitivos o temporales por imposibilidad sobrevenida. El foco se sitúa, por tanto, en la tensión entre la fuerza vinculante del acuerdo (*pacta sunt servanda*) y las soluciones jurídicas que, en determinados supuestos, permiten modular sus efectos cuando las circunstancias concurrentes en el momento de perfección del vínculo se alteran de manera relevante.

A partir del análisis de las fuentes se mostrará cómo la jurisprudencia romana, sin elaborar una teoría general abstracta sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales, desarrolló respuestas casuistas y mecanismos jurídicos orientados a resolver tales situaciones, anticipando en cierta medida algunos de los fundamentos que posteriormente inspirarán la construcción doctrinal de la cláusula *rebus sic stantibus*.

II. La fuerza vinculante del contrato: *pacta sunt servanda*

La jurisprudencia romana no formuló de manera expresa el principio *pacta sunt servanda,* pero reconoció con claridad la fuerza vinculante del acuerdo de voluntades como fundamento del vínculo contractual. Este carácter obligatorio del contrato se articula en torno a una idea esencial: el contrato, en virtud de la *conventio,* determina normativamente el contenido de la relación jurídica.

El texto particularmente significativo en este sentido es D. 50. 17. 23 (Ulp. l. 29 ad Sab.), colocado entre las *diversae regulae iuris antiqui* por los compiladores de Justiniano, donde Ulpiano, al referirse a los criterios de responsabilidad en los distintos contratos, afirma: *"(…) sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit vel plus vel minus in singulis contractibus nam hoc servabitur, quod initio convenit, legem enim contractus dedit"* ("[…] pero esto es así, salvo que expresamente se haya convenido algo distinto en cada contrato, ya sea en más o en

menos, pues deberá observarse aquello que se acordó desde el inicio; porque el acuerdo ha dado la ley al contrato").

El pasaje pone de relieve que el contenido del contrato puede ser modificado por la voluntad de las partes, ya sea ampliando o restringiendo su alcance, debiendo en todo caso respetar lo que se acordó desde el inicio. La expresión *legem contractus dedit* resulta particularmente elocuente, en cuanto atribuye al acuerdo una función normativa como ley del contrato.

Esta concepción se confirma en otros pasajes, como D. 16. 3. 1. 6, fragmento extraído del libro 30 de los Comentarios al Edicto de Ulpiano, donde el jurista trata de la *actio depositi:* "*Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est convenio: contractus enim legem ex conventione accipiunt"* ("Si se convino que en el depósito se responda también por culpa, el pacto es válido; pues el contrato recibe su ley del acuerdo de las partes").

Tras afirmar que el depositario responde por el incumplimiento de sus obligaciones únicamente por dolo, admite que las partes puedan extender convencionalmente su responsabilidad también a la culpa, subrayando que el contenido del contrato puede ser configurado por las partes mediante pactos con eficacia vinculante. El texto no solo reafirma la fuerza obligatoria del contrato, sino también la autonomía de los contratantes para modular el régimen jurídico aplicable.

En ambos pasajes se destaca, por un lado, la autonomía de los contratantes para disponer sobre los criterios de responsabilidad por incumplimiento —en cuanto derecho dispositivo— con el límite de la exclusión de la responsabilidad por dolo y, por otro, el carácter vinculante de los pactos añadidos al contrato (al menos en los de buena fe), que deben ser observados en virtud de la voluntad de las partes. [905]

[905] PETRUCCI, A. (2016). *Sopravvenienze e regolamento contrattuale: riflessioni*

La práctica de la cancillería imperial se sitúa en la misma línea. El rescripto de Diocleciano del año 293 d. C., conservado en el Código de Justiniano, establece:

> C. 4.10.5 (*Impp. Diocletianus et Maximinaus AA. et CC. Camerino et Marciano). Sicut initio libera potestas unicuique est habendi vel non habendi contractus, ita renuntiare semel constitutae obligationi adversario non consentiente minime potest. Quapropter intelligere debetis voluntariae obligationi semel vos nexos ab hac non consentiente altera parte, cuius precibus fecistis mentionem, minime posse discedere.*
>
> C. 4.10.5 (Imp. Diocleciano y Maximiano Augustos y Césares a Camerino et Marciano). Así como en un principio tiene cada cual libre facultad para celebrar o no celebrar un contrato, así también nadie puede renunciar a una obligación una vez ya constituida, no consintiéndolo el adversario. Por lo cual debéis tener entendido, que, una vez sujetos vosotros a una obligación voluntaria, no podéis en manera ninguna separaros de ella, no consintiéndolo la otra parte, de la que hicisteis mención en las súplicas.

El texto afirma que si bien existe libertad para celebrar o no un contrato, una vez constituido el vínculo obligatorio éste no puede ser dejado sin efecto unilateralmente. Se consagra así la plena eficacia vinculante del contrato y la imposibilidad de su revocación sin el consentimiento de la contraparte.

De las fuentes se desprende que el derecho romano reconoce al contrato una fuerza obligatoria que anticipa la formulación moderna del principio *pacta sunt servanda.* Ahora bien, esta fuerza vinculante no opera en términos absolutos. El análisis de las fuentes muestra que el rigor del vínculo contractual puede verse matizado cuando

---

sul pensiero giurisprudenziale romano fra tarda repubblica e principato. En I. PIRO (Cur.). *Scritti per Alessandro Corbino* (pp. 521 y ss). Libellula.

concurren circunstancias sobrevenidas que alteran de manera significativa el equilibrio de las prestaciones.[906]

¿En este punto se manifiesta la tensión entre la estabilidad del contrato y la necesidad de atender a las circunstancias sobrevenidas que la tradición jurídica posterior sistematizará bajo la cláusula *rebus sic stantibus*.

III. Las circunstancias sobrevenidas en la experiencia jurídica romana.

III. 1. Casus *y* vis maior *como presupuesto*

El tratamiento de las circunstancias sobrevenidas en derecho romano se articula, en primer lugar, en torno a la consideración de determinados acontecimientos no imputables a los contratantes que inciden en la ejecución del contrato. En tales supuestos los juristas emplean las nociones de *casus* y *vis maior* para identificar aquellos eventos extraordinarios capaces de provocar la imposibilidad sobrevenida de la prestación o de alterar sustancialmente las condiciones iniciales del vínculo obligacional.

Los textos principales pertenecen a Ulpiano. En primer lugar, el jurista clásico subraya la *imprevisibilidad* del caso fortuito que hace imposible la prestación al decir que nadie debe responder por

[906] Sobre la consideración de las circunstancias sobrevenidas en el derecho romano y la ausencia de una construcción dogmática unitaria, ver especialmente PETRUCCI, op. cit., pp. 523 y ss.; CARDILLI, R. (2010). *Bona fides tra storia e sistema* (pp. 197 y ss). Giappichelli; PICHONNAZ, P. (2011). From clausula rebus sic stantibus to hardship: aspects of the evolution of the judge's role. *Fundamina: A Journal of Legal History*, (17), 127 y ss.

aquellos sucesos que ninguna inteligencia humana puede prever: "D. 50. 8. 2. 7 (*Ulp. l. 3 opin.*)… *qui fortuitos casus nulla humanum consilium providere potest, creator hoc nomine nihil praestare debet"*.

En el segundo pasaje, en sede de arrendamientos, Ulpiano se centra en la noción de *irresistibilidad*,[907] al definir la fuerza mayor como aquel evento que, si bien puede ser previsible, la voluntad humana no puede resistir: "D. 19. 2. 15. 2 (*Ulp. l. 32 ad ed.)... maior vis cui resisti non potest"*.

También Gayo recoge esta misma concepción al referirse al *casus maior* como suceso al que no puede resistir la fragilidad humana: "D. 44. 7. 1. 4 (*Gai. l. 2 aurear.*): *si maiore casu, cui humana infirmitas resist non potest*".

Las fuentes romanas identifican el *casus* con acontecimientos sobrevenidos cuya previsión excede a la capacidad humana (*cui provideri non potest*), mientras que la *vis maior* enfatiza especialmente su carácter irresistible (*cui resisti non potest).* No obstante, esta distinción terminológica no fue rígida en la jurisprudencia clásica, donde ambos conceptos operaron como causas justificativas de imposibilidad no imputable, orientadas a excluir la responsabilidad del deudor cuando el incumplimiento deriva de acontecimientos ajenos a su esfera de control. [908]

---

[907] Entre las fuentes literarias contemporáneas a Servio, *vid.* Cic., *Inv.* 2.170: *cui nulla vis resisti potest*.

[908] Se considera que ya desde la jurisprudencia romana ambos términos, *casus fortuitus* y *vis maior*, fueron utilizados con notable flexibilidad conceptual, atendiendo sobre todo a su común efecto liberatorio respecto del deudor. De esta opinión son autores como SARGENTI, M. (1954). Problemi della responsabilità contrattuale. *SDHI*, (20), 127 y ss; MAFFEI, D. (1957). *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell´età dei glossatori. Saggi* (pp. 14 y ss). Giuffrè; ROBINSON, O. (1977). Casus in the Digest. *Acta Jurídica. Essays in honour of B. Beinart*, (2), p. 341; CHAIME GANDUR, J. F. (2013). *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. De la*

La posterior elaboración doctrinal de glosadores, civilistas y canonistas perfiló con mayor precisión conceptual ambos términos.[909] Con carácter general, el caso fortuito pasó a vincularse a acontecimientos imprevisibles y la fuerza mayor se asoció a sucesos inevitables e irresistibles por razón de su magnitud. Sin embargo, esta sistematización responde principalmente a construcciones dogmáticas medievales y modernas, más que a la flexibilidad casuística propia de las fuentes romanas, en las que *casus* y *vis maior* aparecen frecuentemente empleados de manera equivalente, compartiendo una misma función liberatoria. [910]

Así lo demuestra el propio Digesto, donde numerosos pasajes equiparan *casus* y *vis maior,* utilizándose incluso expresiones como *casus maior*.[911] Ambos constituyen *iustae causae* de la imposibilidad sobrevenida de la prestación y, salvo asunción convencional del riesgo o previsión específica del régimen contractual, operan como supuestos de exoneración del deudor.[912] Así se desprende de D. 50. 17. 23, donde Ulpiano señala que por el *casus* o la *vis* no se responde (*casus a nullo praestantur*).[913]

---

vis cui resisti non potest *a las cláusulas de* hardship (p. 55). Universidad Externado de Colombia. Sobre las diferentes propuestas para identificar algún criterio de distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor en la doctrina y jurisprudencia españolas, *ver* DIEZ SOTO & GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit*., p. 192.

[909] MAFFEI, *op*. *cit*. pp. 13 y ss.

[910] *Vid*. el estudio de Robinson sobre el uso de *casus* como *vis maior*, ROBINSON, op. cit., pp. 337 y ss, y sobre todo, p. 340.

[911] D. 44. 7. 1. 4. (*Gai. l. 2 aureor.)* aplica la irresistibilidad al *casus: si maiore casu cui humana infirmitas resistere non potest* y D. 2. 13. 7 pr (*Ulp. l.III ad ed.).*

[912] DE ROBERTIS, F. M. (1981). *La responsabilitá contrattuale nel sistema della grande compilazione* (pp. 55 y ss). Cacucci.

[913] Cfr. C. 4. 24. 6. (*Imp. Alex. A. Trophimae*, año 225).

Las fuentes literarias[914] y jurídicas de la época tardorrepublicana y clásica designan estos acontecimientos con una terminología variada —*vis maior*,[915] calificada como *irresistible*, c*ui resisti non potest,*[916] *vis divina*,[917] *vis extraria*,[918] *vis extrinsecus admota*[919] o *vis magna*[920]— siempre bajo la idea común de una fuerza externa y ajena al control humano (*cui resisti non potest*).[921] En todos estos casos, el elemento decisivo no reside tanto en la denominación empleada cuanto a su función jurídica: identificar acontecimientos sobrevenidos que, por

[914] Ver, por ejemplo, Séneca, influido por la doctrina estoica, utiliza una terminología que anticipa la de las fuentes jurídicas, así: *vis maior*, en *De benef*., 2. 18. 7; 4. 39. 4; *Ep*. 22. 5; *fortuita vis* (*Ep.* 53. 12, 85. 33); *fortuiti ímpetus* (*Prov.* 1. 2.). Igualmente utiliza el sustantivo *casus*, que se contiene 154 veces en sus escritos, acompañado con diversos adjetivos, como *vis tristior* (ben. 7. 16. 3), con el significado preferente de evento fortuito, ciego, imprevisto, como fuerza irracional y voluble que gobierna la voluntad humana. Ver LUZZATO, G. I. (1938). *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale, I. La responsabilità per custodia* (p. 62). Giuffrè; MILELLA, O. (1987). Casus e vis maior en Sen., Ben., 4. 39. 3-4; 7. 16. 3. *Labeo*, (3), 267,

[915] D. 4. 9. 3. 1 (*Ulp. 14 ad ed.*); D. 13. 7. 13. 1 (*Ulp. l. 38 ad ed*.); D. 13. 7. 30 (*Paul. l.5 epit. Alf. Var. digest*.); D. 19. 2. 9. 2 (*Ulp. l.32 ad ed.*); D. 19. 2. 25. 6 (*Gai. l.10 ad ed. Prov*.); D. 19. 2. 36 (*Florent. l. 7 instit*.); D. 19. 5. 17. 4 (*Ulp. l.38 ad ed.*); D. 41. 2. 7 (*Ulp. l.44 ad ed*.).

[916] D. 19. 2. 15. 2 (*Ulp. l.32 ad ed*.).

[917] D. 39. 2. 24. 4 (*Ulp. l.31 ad ed.*).

[918] D. 19. 2. 30. 4 (*Ulp. l.3 diget. a Paul. epitom.*).

[919] D. 39. 2. 43. pr (*Alf. Varo, l. 2 digest*.).

[920] D. 9. 2. 49. 1 (*Ulp. l.9 disputat*.).

[921] Ver VISKY, K. (1949). La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République, *RIDA*, (3), 483; GIARO, T. (1975). Il limite della responsabilità ex cautione damni infecti (Contributo allo studio della forza maggiore nel diritto romano classico. *BIDR*, 38, 271 y ss. y, sobre todo, 282.

exceder la esfera de dominio del obligado, inciden directamente en la distribución del riesgo contractual.

Hasta la época severiana estas categorías suelen acompañarse de amplios repertorios ejemplificativos. Mayer-Maly (1958) alude, en este sentido, a auténticas *Katastrophenlisten* o listas de catástrofes,[922] en las que el *casus* aparece frecuentemente equiparado a la *vis maior* e incluye una extensa variedad de acontecimientos extraordinarios: naufragios,[923] colapsos de edificios,[924] incendios,[925] deslizamientos de tierra o terremotos,[926] tempestades o severos vendavales,[927] peligros inevitables de un viaje, como el que sufrió enfermedad, estuvo detenido por ladrones o cualquier otro accidente en el camino,[928] inundaciones, ya sean provocadas por el mar o por el desbordamiento

---

[922] MAYER-MALY, T. (1958). Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung", Grazer Rechts und Staatswissenschaftlichen. *Studien, Festschrift Arthur Steinwenter* (p. 637), III, Hermann Böhlaus.

[923] D. 2. 13. 6. 9 (*Ulp. l. 4 ad ed.*); D. 13. 6. 18. pr (*Gai. l. 9 ad ed. prov.*); D. 44. 7. 1. 4 (*Gai. l. 2 rer. cott.*); D. 47. 9. 1. 1 (*Ulp. l. 56 ad ed.*).

[924] D. 2. 13. 6. 9 (*Ulp. l.4 ad ed.*); D. 3. 5. 21 (22) (*Gai., l.3 ad ed. prov.*); D. 4. 4. 11. 5 (Ulp. l.1*ad ed.*); D. 28. 5. 8. pr (Jul. l. 2 *ad Urs. Fer.*); D. 44. 7. 1. 4 (*Gai, l. 2 rer cott.*); D. 47. 9. 1. 1. (*Ulp. l. 56 ad ed.*).

[925] D. 1. 15. 3. 4 (Paul *de off. praef, vig.*); D. 2. 13. 6. 9 (*Ulp. l. 4 ad ed.*); D. 3. 5. 21 (22) (*Gai., l. 3 ad ed. prov.*); D. 4. 4. 11. 5 (Ulp. l. 1*ad ed.*); D. 13. 6. 18. pr (*Gai. l. 9 ad ed. prov.*); D. 18. 1. 58 (Pap. l. 10 *quaest.*); D. 19. 2. 15. 3 (Ulp. l. 32 ad ed.); D. 26. 7. 57. pr (Scaev. l. 1. 0 *dig.*); D. 44. 7. 1. 4 (*Gai. l. 2 rer. cott.*); D. 47. 9. 1. 1 (*Ulp. l. 56 ad ed.*); D. 50. 17. 23 (*Ulp. l. 29 ad. Sab.*).

[926] D. 4. 4. 11. 5 (*Ulp. l.1ad ed.*); D. 18. 6. 11 (*Jul. l. 7 dig.*); D. 39. 2. 24. 3 (*Ulp. l. 81 ad ed.*); D. 39. 3. 2. 6 (*Paul. l. 49 ad ed.*).

[927] D. 7. 1. 12. pr (*Ulp. l. 17 ad Sab.*); D. 18. 1. 58 *(Pap. l. 10 quaest.*); D. 39. 3. 2. 6. (*Paul., l. 49 ad ed*.).

[928] D. 4. 6. 38. 1 (*Ulp. l. 6 ad leg. Iul. et Pap.*); D. 49. 16. 14. pr. (*Paul. lib. sing. de poen. milit.*).

de un río,[929] actos de ladrones armados y bandidos[930] (el concepto de *furtum* no entra dentro del concepto de *vis maior*, salvo que se trate de un ataque de banda armada de ladrones), ataque de piratas[931], disturbios o tumultos,[932] acciones enemigas,[933] y también las muertes de los animales que sobrevienen sin culpa.[934] Igualmente, se recogen como casos de fuerza mayor los fenómenos climatológicos, como la nieve o el calor del sol, siempre que fueran excesivos y contra lo ordinario de la estación.[935] Incluso, existen dos textos que incluyen en tales listas la huida de los esclavos que parecían dignos de confianza.[936] Este último caso responde a un problema frecuente que preocupa a la sociedad y se enumera entre los supuestos inesperados que no se pueden evitar. Asimismo, las pandemias (*pestis, pestilentia, lues*)[937] son acontecimientos imprevisibles e irresistibles

[929] D. 7. 4. 23 (*Pomp. l. 26 ad Q. Mucium*); D. 39. 2. 24. 3 (*Ulp. l. 81 ad ed.*); D. 39. 3. 2. 6 (*Paul. l. 49 ad ed*.); D. 50. 17. 23 (*Ulp. l. 32 ad Sab*.).

[930] D. 13. 6. 18. pr (*Gai. l. 9 ad ed. prov.*); D. 49. 16. 14. pr (Paul *lib. sing. de poen. iud.;* D. 50. 17. 23 (*Ulp. l.32 ad ed.).*

[931] D. 13. 6. 18. pr (*Gai. l. 9 ad ed. prov.*); D. 47. 9. 1. 1 (*Ulp. l. 56 ad ed*).

[932] D. 50. 17. 23 (*Ulp. l.32 ad ed.).*

[933] D. 13. 6. 18. pr (*Gai. l. 9 ad ed. prov.*).

[934] D. 4. 4. 11. 5 (Ulp. l.1*ad ed.*); D. 13. 6. 18 pr (*Gai. l. 9 ad ed. prov.*); D. 50. 17. 23 (*Ulp. l. 32 ad ed.).*

[935] D. 18. 1. 78. 3 (*Lab. l.4 poster. a Iav. epit*.), donde se vincula la nieve a la fuerza mayor *si inmoderatae fuerunt, et contra consuetudinem tempestatis;* D. 19. 2. 15. 2 (*Ulp. l.32 ad. ed*.).- *aut solis fervore non assueto id acciderit…*

[936] D. 13. 6. 18. pr (*Gai. l. 9 ad ed. prov.*); D. 50. 17. 23 (*Ulp. l.32 ad ed.).*

[937] Indica San Isidoro, *Etim*. 18 y 19 que se la denomina *pestilentia,* que viene a equivaler a *pastulentia* porque devora (*depascat*) como un incendio. Igualmente, se la conoce como *lues,* que deriva de *labes* (ruina) y *luctus* (aflicción).

que se consideran hoy,[938] y se consideraron por los romanos,[939] un caso de fuerza mayor (*vis maior*).[940]

Tales enumeraciones no persiguen una elaboración dogmática abstracta de la fuerza mayor, sino ofrecer criterios empíricos para reconocer aquellos supuestos en los que sucesos externos, irresistibles e imprevisibles justifican la exclusión de responsabilidad. La casuística romana revela así que el núcleo de la cuestión no reside en una distinción terminológica rígida entre *casus* y *vis maior*, sino en la constatación práctica de una alteración objetiva del equilibrio contractual derivada de acontecimientos que exceden la esfera de control del deudor.

Desde esta perspectiva, las fuentes romanas presentan la *vis maior* desde enfoques no siempre uniformes. En ocasiones aparece configurada conforme a criterios predominantemente objetivos vinculados al riesgo inherente de la cosa; en otras, incorpora elementos subjetivos

---

938 *Ver* GREGORACI, *op. cit.*, p. 459, n. 4 y la bibliografía allí citada.

939 Séneca, en *Nat. quaest.*, 6. 32. 7 (*incendium, naufragium, pestilentia*), recoge las epidemias como un tipo de *casus,* de evento fortuito, imprevisto e irresistible, que habría impedido al sujeto obrar de otro modo y le habría exonerado de responsabilidad. Ver MILELLA, *op. cit.*, p. 267, n. 3.

940 Entre las epidemias que se produjeron en la antigüedad destacan: a) La pandemia de Atenas, identificada actualmente con el tifus (año 439-429 a. C), y ya en el imperio romano: b) La gran epidemia de los Antoninos o de Galeno del siglo II d. C., que fue calificada como una verdadera pandemia, pues afectó a todo el mundo conocido y que se ha identificado con la viruela; c) Las epidemias sufridas durante el siglo III d. C., entre la que destaca la llamada de Cipriano, de sarampión, y d) la llamada peste de Bizancio, un primer brote importante de peste bubónica, que se produjo en la época de Justiniano, entre los años 541 y 544 a. C. Ver GONZALBES CRAVIOTO, & GARCÍA GARCÍA, I. (2013). Una aproximación a las pestes y epidemias en la antigüedad. *Espacio, tiempo y forma. Serie II. Historia Antigua,* (26), 63 y ss.

relacionados con la ausencia de culpa del deudor.[941] Esta dualidad revela que la jurisprudencia romana no elaboró una teoría abstracta y unitaria de la fuerza mayor, sino soluciones adaptadas al régimen concreto de cada relación contractual.

III. 2. Gestión del riesgo. Periculum *en sentido técnico*

Hablamos de *periculum* cuando la prestación deviene imposible por un hecho no imputable al deudor, que queda exonerado del cumplimiento de ésta. En las obligaciones sinalagmáticas cuya ejecución se difiere respecto al momento de perfección del contrato —como sucede paradigmáticamente en la compraventa— o en las relaciones de tracto sucesivo, como el arrendamiento, debe determinarse quién soporta la pérdida patrimonial, es decir, debe concretarse la suerte de la obligación de la contraparte, todavía posible o ya ejecutada, estableciendo si tal prestación debe considerarse debida[942].

La problemática del riesgo o *periculum*[943] en sentido técnico comienza, precisamente allí donde concluye la responsabilidad por incumplimiento. Por ello, conviene distinguir entre los supuestos de responsabilidad contractual propiamente dicha, la eventual

---

[941] GERKENS, J. F. (2005). *Vis maior* and *vis cui resisti non potest*. *Fundamina, (11)*1, 110.

[942] Ver TALAMANCA, M. (1995). Considerazioni sul *periculum rei venditae*. *Seminarios complutenses de Derecho romano, VII*, 219.

[943] El riesgo en sentido técnico se denomina en las fuentes con el término *periculum* o *damnum*. El primer vocablo aparece en las fuentes jurídicas con muy diversos significados. Ver HEUMANNS, H. G., & SECKEL, E. (1926). *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (pp. 420-421). Gustav Fisher Jena, identifica los siguientes: *Gefahr* (riesgo o peligro), *Nachteil* (desventaja), *Schaden* (perjuicio), *Bericht* (informe) o *richtertlicher Antwort* (respuesta judicial).

ampliación convencional de la responsabilidad, su extensión automática en el caso de mora del deudor —que comporta un desplazamiento del riesgo— y, finalmente, el *periculum* en sentido estricto como criterio autónomo de distribución patrimonial de la pérdida.[944] Mientras en los tres primeros casos existe un problema de responsabilidad por incumplimiento imputable al deudor que será llamado al resarcimiento del *id quod interest*, en materia de *periculum* no se sanciona la conducta culpable, sino que se determina cuál de las partes debe soportar económicamente las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida no imputable.

El derecho romano no elaboró una teoría general abstracta del riesgo contractual en términos modernos, pero la jurisprudencia clásica distinguió con notable claridad entre el ámbito de la responsabilidad y el ámbito del riesgo. En el primer caso, el desplazamiento patrimonial deriva de una conducta dolosa o culposa; en el segundo, responde a la necesidad de distribuir equilibradamente las consecuencias económicas de acontecimientos ajenos a la voluntad de los contratantes.[945]

Las soluciones romanas, en consonancia con su carácter casuístico, no pueden interpretarse como principios absolutos.[946] No obstante, de las fuentes emerge una regla general particularmente significativa: el riesgo lo soporta ordinariamente el propietario conforme a las expresiones latinas: *periculum o damnum domini*, *res perit domino, casum sentit dominus*.[947]

De este modo, cuando una cosa perece por *casus o vis maior,* la pérdida patrimonial recae, por regla general, sobre su propietario.

---

[944] BETTI, *op. cit.*, p. 33.

[945] SARGENTI, M. (1989). s. v. Rischio (diritto romano). *EDD, XL*, 1126.

[946] Ver CHAMIE GANDUR, *op. cit.*, p. 19 y ss.

[947] *Cfr.* D. 19. 2. 15. 2 (*Ulp. l. 32 ad ed*.), donde el arrendador responde por los casos de fuerza mayor que dañen la cosecha; D.13. 7. 30 (Paul. l.5 epit. Alf. Var. Digest.), el comodante responde de la pérdida de la cosa por fuerza mayor,

Ahora bien, tal destrucción puede proyectarse sobre otras posiciones jurídicas relacionadas con la cosa. Así ocurre cuando el objeto perecido constituye una obligación de dar (*res in obligatione*): el deudor queda liberado por imposibilidad sobrevenida no imputable (*casus a nullo praestantur*), mientras que el acreedor pierde correlativamente su derecho de crédito. En tal supuesto puede afirmarse que la cosa perece para el dueño (*casum sentit dominus*) y, desde la perspectiva obligacional, para el acreedor (*casum sentit creditor*).[948]

En definitiva, el *periculum* en sentido técnico constituye un instrumento esencial para la gestión jurídica de alteraciones sobrevenidas no imputables, permitiendo distribuir las consecuencias patrimoniales derivadas de la imposibilidad de cumplimiento conforme a criterios de equilibrio contractual y anticipando algunas cuestiones que posteriormente desarrollará la dogmática moderna en torno a la distribución del riesgo contractual.

III. 3. Aplicaciones principales: el periculum *en la compraventa y el arrendamiento*

III. 3. a) La distribución del riesgo en la compraventa

El concepto del riesgo adquiere especial complejidad en aquellos contratos bilaterales cuya finalidad económica implica la transmisión

[948] ROCA SASTRE, R. M. (1948). El riesgo en el contrato de compraventa. *Estudios de Derecho Privado, I, Obligaciones y contratos* (p. 385). Montecorvo. Para CARDILLI, R. (1995). *L´obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in Diritto Romano (II sec. A.C.- II sec. D.C)* (p. 428). Giuffrè, la pérdida de la cosa objeto de la relación contractual cuando no sea imputable a la obra o la voluntad del hombre, corresponde necesariamente al *dominus*, no en cuanto moralmente equitativo, sino en cuanto coherente con un orden natural de las cosas que la *aequitas* impone.

patrimonial,[949] como sucede paradigmáticamente en el contrato de compraventa. En tales supuestos, cuando una de las partes queda liberada por imposibilidad sobrevenida no imputable surge la necesidad de determinar si conserva, pese a ello, el derecho a exigir la contraprestación recíproca. En este contexto se inserta la tradicional problemática del *periculum* de la cosa vendida y la determinación de quién debe soportar las consecuencias patrimoniales de su pérdida fortuita.

Con carácter general quien soporta el riesgo por la pérdida de una cosa específica suele beneficiarse también de su *commodum*, frutos y accesiones. Se exceptúan, sin embargo, las obligaciones que recaen sobre cosas genéricas (*genera*), pues conforme al principio *genus non perit* (el género no perece) el deudor no queda liberado por destrucción fortuita hasta que se produce la concentración sobre un objeto individualmente determinado en el momento de la *solutio.*

En la compraventa de cosa específica, el problema central se plantea en el intervalo comprendido entre la perfección del contrato

---

[949] Aunque ni en derecho romano ni en derecho actual se le exige al vendedor la transmisión de la propiedad de la cosa vendida, el fin económico de la compraventa es la transferencia del dominio. Éste será el resultado normal del negocio y el fin último del comprador. Los juristas romanos no desconocieron que la función económica de este contrato es que el derecho del comprador sobre la cosa devenga firme y definitivo. En este sentido –afirma LABEÓN– que un acuerdo, por el que el comprador no pueda devenir propietario de la cosa, desnaturaliza el contrato y lo transforma en otro negocio, Ver D. 18. 1.80.3 (*Lab., l.5 poster. a Iav. Epit*.). -*"No puede considerarse que alguien vendió quella cosa, respecto de cuyo dominio se trata, que no pase al comprador; [sino que esto es o una locación u otro género de contrato]"*. Aunque la última frase se considera un glosema (modificación de los juristas postclásicos), no cambia el sentido del pasaje. Ver *Index interpol. ad leg.*, a los que añadimos ARANGIO-RUIZ, V. (1961). *La compravendita in diritto romano* (p. 163), I, Jovene.

(*emptio venditio perfecta*) y su ejecución mediante la *traditio* (*emptio venditio consumpta*). La cuestión es determinar quién soportará la pérdida fortuita de la cosa si ésta perece sin culpa de las partes antes de la entrega.

La jurisprudencia clásica consolidó como regla prevalente el principio *periculum est emptoris* o *res perit emptori.*[950] Conforme a esta concepción, desde el momento en que la compraventa queda perfeccionada —esto es, desde que existe acuerdo en la cosa (*res qua venit*) y el precio (*pretium*)— el comprador asume el riesgo de pérdida fortuita, permaneciendo obligado al pago del precio aun cuando no llegue a recibir la cosa.

Así se desprende del célebre pasaje de Paulo: D. 18.6.8.pr. (Paul. l.33 ad ed.) "*Necessario sciendum est quando perfecta sit emptio, tunc enim sciemus, cuius periculum sit, nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet"* ("Es necesario saber cuándo se haya perfeccionado la compra, pues entonces sabremos de quién es el riesgo, porque perfeccionada la compra, el riesgo corresponde al comprador").

La jurisprudencia romana resolvió el problema del riesgo en la compraventa mediante una relativa autonomía de las obligaciones recíprocas del vendedor y el comprador. Producida la pérdida fortuita de la cosa vendida antes de la entrega, el vendedor queda liberado de su obligación de entregar por imposibilidad sobrevenida, pero el comprador no resulta por ello exonerado de satisfacer el precio. Las obligaciones principales conservan, en este sentido, una independencia funcional que explica la pervivencia del deber de pago.[951]

Los juristas clásicos vincularon esta solución al criterio del *commodum* y el *incommodum:* quien tiene derecho a beneficiarse de los incrementos, frutos y ventajas de la cosa debe igualmente soportar

[950] D. 18. 5. 5. 2 (*Jul. l. 15 dig*.) y I. 3. 23. 3.

[951] ROCA SASTRE, *op. cit*., pp. 288-390.

sus riesgos.[952] De este modo, el comprador, destinatario final de la utilidad económica de la cosa, asume también las consecuencias de su pérdida: *commodum eius esse debet, cuius est periculum.*[953]

No obstante, junto a esta orientación clásica aparece también en algunas fuentes el principio *periculum est venditoris*, que vincula el traspaso del riesgo al momento de la *traditio*. Según esta concepción, hasta la entrega efectiva el riesgo permanece en el vendedor. Tales pasajes parecen reflejar el pensamiento de los juristas tardorrepublicanos.[954] La concepción se habría mantenido como prevalente en el ámbito de la escuela sabiniana y hasta la edad de los Severos, donde Paulo, siguiendo a Alfeno Varo, indica que el riesgo será del comprador desde la *traditio*.[955] En el mismo sentido se expresa Africano en D. 19.2. 33.[956]

---

[952] Así los títulos que dedica el Digesto y el Código a esta materia, D. 18. 2 y C. 4. 48, respectivamente, se denominan *De periculo et commodo rei venditae.* Otras explicaciones de la regla se pueden ver en ARIAS RAMOS, J. (1984). *Derecho Romano*, II. *Obligaciones, familia, sucesiones* (p. 615). Revista de Derecho Privado.

[953] I. 3. 23. 3: pertenece el provecho al comprador; porque el beneficio debe ser también de aquel de quien es el riesgo (… *ad emptoris commodum pertinet; nam et commodum eius esse debet, eius periculum est…*), en el mismo sentido, ver D. 18. 6. 7. pr (*Paul. l.5 ad Sab.*) y C. 4. 48. 1. (*Imp. Alexander A. Secundinae*).

[954] CHAMIE GANDUR, *op. cit*. pp. 21-22.

[955] Ver D. 18. 6. 13 (12) (*Paul. Epit. Alf. dig*.). -… *si hubiesen sido entregados al comprador… parece bien que el riesgo sea del comprador (si traditi essent emptori… emptoris periculum esse placet).*

[956] D. 19. 2. 33 (*Afric. l. 8 quaest*.). -… *porque también si me hubieras vendido un fundo, y antes de que se me entregase libre hubiera sido confiscado, te obligarás por la acción de compra (nam et si vendideris mihi fundum, isque, priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto*)

III. 3. b) La distribución del riesgo en el arrendamiento y el alea normal del contrato

Ulpiano en D. 19. 2. 15. 2 revisa el problema de la distribución del riesgo por eventos sobrevenidos en el contrato de arrendamiento de cosas (*locatio conductio rei*). Este contrato por su duración y continuidad en el tiempo constituye un modelo especialmente adecuado para observar cómo la jurisprudencia romana abordó jurídicamente la alteración sobrevendida de las circunstancias iniciales del vínculo contractual, que pueden suponer la frustración de la finalidad contractual o una excesiva onerosidad que exigirá el reequilibrio de las prestaciones.

> D. 19. 2. 15. 2 (*Ulp. l. 32 ad ed.*). -*Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori hoc homine aliquid praestare debeat, videamus. et refert Pomponius Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait existimasse ut puta fluminum, graculorum, stornorum, et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno*[957] *coloni ese, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. sed et si uredo fructum oleae corruperit, aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori ut frui possit.*

[957] Destaca también la utilización en cinco ocasiones del término *damnum*, considerado menos técnico que *periculum*. *Ver* MIQUEL, J. (1964). Periculum locatoris. Ricerche in tema di responsabilità. *ZSS*, (81), 174-175.

> D. 19. 2. 15. 2. -Si hubiera sobrevenido fuerza de tempestad calamitosa, veamos si el arrendador deberá garantizar algo al arrendatario. Pomponio refiere que Servio estimaba que el propietario debe ser responsable al colono de toda fuerza a la cual no pudiese resistirse como, por ejemplo, aquella de los ríos, de los grajos, de los estorninos y, si alguno otra cosa semejante hubiese acontecido, o si se hiciera incursión de los enemigos; pero por el contrario, si algunos vicios nacieran de la misma cosa, éstos son en daño del colono, por ejemplo, si el vino se hubiera avinagrado, o si la cosecha fuese destruida por gusanos o yerbas. Pero también si hubiera acontecido una tormenta y hubiera destruido la cosecha, el daño no es del colono, para que sobre el daño ya sufrido de la simiente perdida no sea constreñido a pagar el arrendamiento del campo; pero también si el tizón hubiere corrompido el fruto de los olivos, o esto hubiere sucedido por calor del sol no acostumbrado, el daño habrá de ser del propietario. Pero si verdaderamente no hubiere acontecido nada contra la costumbre, el daño es del colono; y lo mismo se ha decir, si un ejército de paso quitó frívolamente alguna cosa. Pero también si por derrumbe se hubiera arruinado el campo, de modo que nada quede, es en daño del propietario; en realidad el campo debe ser garantizado al arrendatario de modo que pueda disfrutarlo.

El pasaje está extraído del libro 32 de los Comentarios al edicto de Ulpiano, donde el jurista trataba sobre los contratos de buena fe[958] y, en concreto, comenta la fórmula edictal de la acción del arrendatario (*actio ex conducto*). El jurista analiza, desde la perspectiva de la acción, si los daños ocasionados por una fuerza extraordinaria sobrevenida (tempestad calamitosa, *vis tempestatis calamitosae*)[959] que

[958] LENEL, O. (1985). *Das edictum perpetuum,* Scentia Verlag Aalen, Leipzig, tít. 106 a 112, *De bonae fidei iudicis;* LENEL, O. *Palingenesia*, II, Ulp. 929, *ad ed. Liber XXXII de bonae fidei contractibus*.

[959] El adjetivo *calamitosae* se consideró por algunos autores un glosema introducido por los juristas postclásicos, sin embargo, no se encuentra razón alguna para

impide al arrendatario el uso y el disfrute de la cosa (*uti, frui*) deben recaer en el arrendador o en el arrendatario.

Aunque el pasaje fue objeto de diversas reconstrucciones doctrinales,[960] la aparición de un papiro egipcio, editado por Arangio-Ruiz (1957) a mediados del siglo pasado,[961] ha permitido considerar el texto como genuinamente clásico,[962] al menos, en su núcleo principal[963].

El pasaje resulta, además, especialmente relevante porque anticipa para la época republicana la opinión que luego mantendrán los juristas Sabino y Gayo para la época clásica, en el sentido de que el

considerarlo así pues se encuentra en textos de época republicana como Cic, *Verr.*, 4. 144; Cic. *Sest*. 7; Sen. Ep., 98.6; Cic., *Mur.* 59

960 Los múltiples intentos de reconstrucción por parte de la doctrina hipercrítica se pueden ver con detalle en PINNA PARPAGLIA, P. (1983). *Vitia ex ipsa re. Aspetti della locazione in Diritto romano* (pp. 50 y ss). Giuffre.

961 El papiro PSI XIV, Nº 1449. ARANGIO RUIZ, V. (1957). Frammenti di Ulpiano, libro 32 ad edictum in una pergamenta di provenienza egiziana. *AG,* (*153)*1-2, 145 y ss. data el papiro en el siglo IV d. C. y, en base al mismo, mantiene la originalidad del pasaje de Ulpiano, D. 19. 2. 15. 2. En contra, Canatta mantiene la hipótesis de que el texto recogido en el papiro no pertenece a Ulpiano, sino que coincidiría con un pasaje de Paulo, extraído del l.34 de sus Comentarios al edicto, ver CANATTA, C. A. (1960). Alcune considerazioni ed ipotesi su PSI 1449. *AG, 159*(1-2), 25-33.

962 Son de esta opinión, entre otros, ANKUM, H. (1972). Remissio mercedis. *RIDA, 19*(9) 223; SITZIA, F. (1978). Considerazioni in tema di periculum locatoris e di remissio mercedis. *Studi in memoria di Giuliana D´Amelio. I Studi storico-giuridici* (p. 340). Giuffre.

963 THOMAS, J. C. (1973). Remissio mercedis. *Studi in memoria di Guido Donatuti* (p. 1272), III. Giuffre; CARDILLI, *L´obbligazione di "praestare,* pp. 233-235. Ambos consideran original el parecer serviano, recogido en la primera parte del pasaje (desde el principio hasta *corruptae sint*).

casus y la *vis maior* exoneran al deudor del cumplimiento de la obligación (*casus et vis maior cui resisti non potest a nullo praestantur*).[964]

En el texto, Ulpiano sigue el parecer de Servio Sulpicio Rufo[965] al distinguir entre eventos *irresistibles* (*vis cui resisti non potest*)[966] y *vicios nacidos de la propia cosa* (*vitia quae ex ipsa res oriantur*).

Los daños derivados de acontecimientos extraordinarios que exceden el marco normal del contrato (inundaciones, terremotos, incursiones enemigas, tempestades o fenómenos análogos) se imputan al arrendador, pues éste debe garantizar al arrendatario la disponibilidad funcional del fundo para cumplir la función económica del contrato (*oporterere enim agrum praestari coductori, ut frui possit*). Cuando ello no resulta posible, el arrendatario puede ejercitar la *actio conducti* para solicitar la correspondiente *remissio mercedis,* quedando liberado total o parcialmente del pago de la renta.

Por el contrario, los daños derivados de vicios intrínsecos de la cosa o de riesgos ordinarios propios de la explotación agrícola recaen sobre el arrendatario, quien asume el riesgo normal de la actividad desarrollada sobre el fundo.

Sobre esta base, la doctrina[967] distingue entre riesgos previsibles o normales, esto es, aquellos que encuentran cabida en el alea normal del contrato y riesgos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles, que sobrepasan el alea normal. Las partes, al contratar,

---

964 D. 50. 17. 23 (*Gai, l. ad Sab*.).

965 La doctrina, siguiendo a Arangio-Ruiz, considera, tras la aparición del papiro PSI XIV Nº 1449, que el parecer de Servio venía citado a través de Pomponio, lo que no cambia la esencia de la opinión del jurista republicano.

966 La expresión *cui resisti non potest* no es sospechosa de interpolación y se atribuye a Servio pues se utiliza por otros autores contemporáneos de la época republicana como Cicerón Inv. 2.170: *cui nulla vis resisti potest*. CHAMIE GANDUR, op. cit., p. 27 y n. 42.

967 BETI, *op. cit*., pp. 240 y ss.; CHAMIE GANDUR, *op. cit*., p. 30.

asumen recíprocamente aquellos riesgos habituales conforme a la naturaleza económica del negocio, mientras que los eventos extraordinarios quedan fuera de dicha distribución ordinaria. Así se desprende del célebre criterio serviano: "*si nihil extra consuetudinem acciderit damnum colono esse*" ("si verdaderamente no hubiere acontecido nada contra la costumbre"); esto es, mientras no sobrevenga nada extraordinario o contrario a la normalidad, el perjuicio corresponde al colono. Aunque los juristas clásicos no formularon expresamente una teoría general del *alea* contractual, sus soluciones revelan con claridad esta estructura funcional.

Servio, mediante una detallada casuística, confirma esta lógica (*ad exemplum*: inundaciones, grajos, estorninos[968], incursión de enemigos, tizón, calor inusitado, terremoto, o accidentes semejantes),[969] constituyen supuestos de *vis maior, c*uyo riesgo debe recaer sobre el propietario (el arrendador). En tales casos, el arrendador soporta la pérdida de la renta, pues no puede exigir el pago íntegro cuando no ha podido asegurar al arrendatario el aprovechamiento económico del bien (*oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit*).

Los eventos extraordinarios imprevisibles son a cargo del arrendador en el sentido de que la falta de cosecha, legitima al arrendatario para ejercitar la *actio conducti* y solicitar la *remissio mercedis* correspondiente; el arrendatario no debe pagar el alquiler (*praestare mercedem*) porque no debe sufrir el daño de la simiente y además pagar la merced.

Desde esta perspectiva, el análisis jurídico no se centra tanto en la responsabilidad contractual (*praestare*) como en la distribución del

---

[968] En ningún otro lugar del digesto encontramos como caso de fuerza mayor los daños producidos por animales (grajillas o estorninos), ver ROBINSON*, op. cit.,* p. 343.

[969] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. (2006). *Deductio mercedis*. Forma alternativa de garantía del conductor. *RIDA,* (53), 160.

riesgo (*periculum*).[970] El arrendador no está obligado al resarcimiento del daño (*id quod interest*) sufrido por el arrendatario, sino que soporta las consecuencias económicas derivadas de la imposibilidad sobrevenida al no poder proporcionar el disfrute útil del fundo y garantizar su capacidad de producción (*frui praestare*).[971] El arrendatario, por su parte, asume también parte del riesgo ordinario, por ejemplo, la pérdida de la simiente o contingencias normales de producción, pero queda exonerado cuando sobrevienen acontecimientos extraordinarios no imputables que hagan imposible o disminuyan gravemente el aprovechamiento.

El tratamiento ulpianeo del arrendamiento revela que la jurisprudencia romana anticipa, de forma funcional, nociones modernas como la distribución del *alea* contractual, la frustración del fin económico del contrato y el reequilibrio de prestaciones por alteración extraordinaria de las circunstancias, todo ello dentro del marco flexible de la *bona fides*.

IV. La contribución doctrinal de la claúsula *rebus sic stantibus* a la luz de las fuentes romanas

Cuando sobreviene una fuerza irresistible (*vis cui resisti non potest*) o un acontecimiento imprevisible (*casus cui praevederi non potest*), y no existe culpa ni mora del deudor, nos hallamos ante un

[970] Lo mismo se observa en los *Scholae Basilicorum*, 20. 1. 5. 2 y en las Siete Partidas, V. 8. 22, donde se recogen los mismos ejemplos que en D. 19. 2. 15. 2.

[971] Cardilli considera que el *frui praestare*, relacionado con el *vim praestare* de Servio, significa que el arrendador debe garantizar no solo el goce del fundo sino la capacidad productiva del mismo. CARDILLI, *L´obbligazioni di praestare,* p. 235.

supuesto de *periculum* en sentido técnico. En tales casos, la imposibilidad sobrevenida puede determinar la extinción definitiva de la obligación o, cuando el cumplimiento aún resulte posible, exigir una reconsideración de la distribución del riesgo y del equilibrio económico del contrato. La cuestión deja entonces de centrarse exclusivamente en la imposibilidad por incumplimiento para proyectarse en la necesidad de adaptar funcionalmente la relación obligatoria a las nuevas circunstancias.

Sin embargo, el derecho romano no formuló una teoría general sobre la alteración sobrevenida y sus respuestas permanecieron ligadas a los supuestos concretos. No será hasta la primera posguerra cuando la doctrina alemana recupere la cláusula *rebus sic stantibus*, sobre la base de elaboraciones medievales sustentadas en las fuentes clásicas,[972] integrándola en los criterios propios de la gestión del riesgo por eventos sobrevenidos imprevisibles e irresistibles.[973]

La expresión *rebus sic stantibus* significa literalmente "estando así las cosas", es decir, que los contratos deben cumplirse mientras permanezcan inalteradas las circunstancias esenciales concurrentes al tiempo de celebración del contrato.[974] Dicho de otro modo, el cumplimiento del contrato queda subordinado a que no se produzca una modificación grave por eventos sobrevenidos de las condiciones iniciales del negocio. Este principio se aplica particularmente a contratos de

[972] La *communis opinio* considera que la cláusula es de elaboración medieval. Ver., entre otros, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003). *La cláusula* rebus sic stantibus (p. 31). Tirant lo Blanch; MARTÍNEZ DE MORETÍN, M. L. (2014). Sobre la construcción del principio *pacta sunt servanda rebus sic stantibus*, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión. *RIDA,* (61), 334 y ss.; DE LAS CASAS LEÓN, M. E. (2019). ¿La cláusula *rebus sic stantibus* como excepción al principio *pacta sunt servanda*? *RGDR,* (33), 9-10.

[973] CHAMIE GARDUR, *op. cit,* p. 50.

[974] DIEZ SOTO & GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.,* p. 195.

tracto sucesivo o de cumplimiento diferido más expuestos a cambios sustanciales en su base económica o funcional.[975]

Aunque el derecho romano no desarrolló una teoría abstracta y general sobre esta materia, la *rebus* se encuentra en la base de algunas decisiones jurídicas.[976] Estas soluciones casuísticas servirán de base a la posterior construcción doctrinal. Un primer texto fundamental es el de Africano:

> D. 46. 3. 38 (Afric., l. 7 quaest.): *Quum quis sibi aut Titio dari stipulatus sit magis esse ait Iulianus ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit si in eodem statu maneat quo fuit quum stipulatio interponeretur. Ceterum sive in adoptionem sive in exilium ierit vel aqua et igni ei interdictum vel servus factus sit non recte ei solvi dicendum tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur si in eadem causa maneat*.
>
> D. 46. 3. 38 (*Afric., l. 7 quaest*.). Cuando alguno hubiere estipulado que se le de a él o a Ticio, dice Juliano cierto que es más justo decir, que se le paga bien a Ticio, solamente si permaneciera en el mismo estado en que se hallaba cuando se interpuso la estipulación. Pero si se hubiere dado en adopción, o hubiere sido desterrado, o se le hubiere puesto interdicción en el agua y el fuego, o se hubiere hecho esclavo, se ha de decir que no se le paga bien, porque se considera que tácitamente es inherente a la estipulación esta convención, si permaneciera en el mismo estado.

---

[975] DE LAS CASAS, *op. cit.*, 7, afirma que la situación no se daría en aquellos contratos en los que el nacimiento de la obligación es simultáneo al cumplimiento, puesto que faltaría el lapso de tiempo en el que se produjeron las circunstancias imprevistas.

[976] En este sentido, OSTI, G. (1959). voce Clausola rebus sic stantibus. *NNDI*, *III*, 354, para quien ciertamente en las fuentes romanas pueden encontrarse afirmaciones particulares relativas a determinadas relaciones jurídicas susceptibles de ser reconducidas a la cláusula, pero no un reconocimiento de ésta como principio general. En el mismo sentido, ver MARTÍNEZ DE MORETÍN, *op. cit.*, p. 337.

El fragmento, extraído de las *Quaestiones*, se incluye en el título *Solutionibus et liberationibus*. Relativo a una estipulación en la que el promitente se obliga a pagar (obligación de dar) a favor del *adiectus solutionis causa* (como sujeto legitimado a recibir el pago en representación del deudor) o del propio deudor.

Africano, siguiendo la opinión de Juliano, sostiene que la obligación solo podrá cumplirse si se mantienen las mismas circunstancias en el acreedor.[977] En consecuencia, si se produjera un cambio sustancial en la situación del acreedor o su representante (*capitis deminutio*), por ejemplo, por adopción, destierro o interdicción (*interdictio aquae et ignis*), el pago inicialmente previsto dejaría de ser jurídicamente correcto.

Nos hallamos aquí ante una alteración relevante de las circunstancias iniciales del contrato, que afecta directamente a la eficacia de la prestación (*solutio*).[978] Juliano considera que el acreedor debe permanecer en el mismo estado en que se hallaba cuando se perfeccionó la estipulación (*si in eodem statu maneat quo fuit quum stipulatio interponeretur*) y formula, así, la permanencia de dicha situación (*si in eadem causa maneat; si permaneciera en el mismo estado*) como una convención tácita inherente al contrato. Algunos autores han defendido que nos encontramos ante una verdadera *praesumptio iuris*, en virtud de la cual las circunstancias existentes al tiempo de la estipulación deben presumirse subsistentes e interpretarse *rebus sic stantibus* con independencia de que las partes hubieran previsto expresamente o no tal eventualidad.[979]

---

[977] La regla se limita al acreedor (o quien recibe el pago por él) pero no se extiende al promitente o deudor. Ver MILELLA, *op. cit*., n. 68; CHAMIE GAUNDUR, *op*. *cit*., p. 66.

[978] Ver OSTI, *op. cit.*, p. 354.

[979] THOMAS, J. (1982). Words are tools, not masters. *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* (p. 319), I, Giuffre. En contra de esta opinión, se manifiesta CHAMIE

La doctrina medieval verá en esta solución clásica uno de los fundamentos para formular una regla general aplicable a otros supuestos obligatorios fuera de los contratos *verbis,* que se perfeccionan de forma oral.[980]

El segundo texto de especial relevancia procede de Neracio, quien recoge una opinión de Servio para corregirla:

> D. 12. 4. 8 (*Nerat. l.2 membr.*). -*Servius in libro de dotibus scribit si inter eas personas, quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptia factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse; sic intellegendum est, ut, si divortium intercesserit, priusquam utraque persona iustam aetatem habeat, sit eius pecuniae repetitio, donec autem in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas: quod enim ex ea causa nondum coito matrimonio datur, cum sic detur tamquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio eius non est.*
>
> D. 12. 4. 8 (*Nerat. l.2 membr.*). -Lo que escribe Servio en el libro de las dotes "si entre estas personas una de las cuales no tiene aún la justa edad, se celebraron nupcias, aquello que a título de dote se dio en el intervalo puede ser repetido", debe entenderse de manera que en caso de intervenir el divorcio antes que la otra persona haya alcanzado la justa edad, se tenga la repetición del dinero, mientras que, en tanto que ellas permanezcan en la misma condición de matrimonio, el dinero no puede ser repetido más de cuanto se pueda repetir aquello que la novia haya dado al novio a título

---

GANDUR, *op. cit*. p. 67, para quien resulta difícil pensar que en dicho contexto originario ya la operación hermenéutica del jurista fuese en términos de *praesumptio iuris* aplicable a la interpretación de todas las estipulaciones como contrato verbal.

[980] Ver OSTI. G. (1912). La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico. *Rivista di Diritto Civil*, (4), pp. 1 y ss.; CARDILLI, R, (2004). *Bona fides, Tra storia e sistema* (p. 155). Giappichelli; CHAMIE GANDUR, *op. cit*., p. 67.

> de dote mientras que exista entre ellos la afinidad: como en este caso, en efecto, la atribución ha sido hecha con base en aquella causa, que si bien no haya sido aún concluido el matrimonio, puesto que se ha dado para que sea dote, mientras que sea todavía posible que a tal título sea recibido, no puede haber repetición.

Neracio informa que, según la opinión de Servio, podía repetirse mediante la *condictio* el dinero entregado a título de dote en un matrimonio inválido por razón de la edad legal de uno de los esposos. Neracio sostiene que la dote solo podrá repetirse cuando se hubieran alterado las circunstancias en atención a las que fue constituida, distinguiendo así dos supuestos: que el divorcio se produzca antes de que los contrayentes alcancen la edad legal, en cuyo caso procederá la devolución de la dote, o que, por el contrario, los esposos continúen unidos una vez alcanzada dicha edad, subsistiendo la afinidad entre ellos, supuesto en el que no cabrá su repetición.

La Glosa de Accursio se refiere al texto de Neracio en relación con el término *potest*,[981] contenido en la expresión *quamdiu pervenire potest* (mientras sea todavía posible), interpretándolo en el sentido de que la repetición depende del mantenimiento de las circunstancias originarias. Frente a una interpretación puramente lógica o dialéctica, Accursio entiende que debe atenderse al estado presente de la relación jurídica. Con ello, pone de relieve que la repetición solo queda excluida *rebus sic se habentibus,* esto es, mientras subsistan inalteradas las circunstancias que originalmente regían la relación obligatoria.[982]

---

[981] FEENSTRA, R. (1974). Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus. Some aspects of contract in continental legal history up to Grotius. *Daube Noster. Essays in legal history for David Daube* (p. 83). Scottish Academic Press.

[982] CHAMIE GANDUR, *op. cit.*, p. 68.

Junto a estas fuentes estrictamente jurídicas, la elaboración medieval incorporó también importantes precedentes literarios y filosóficos de finales de la República, especialmente en Cicerón (*De off.*, 1. 10 y 3. 25) y Séneca (*De benef.* 4, 35, 4 y 39, 4):

> *Cic., De off.,* 3. 25. 94: *Ac ne illa quidem promissa servanda sunt, quae non sunt iis ipsis utilia, quibus illa promiseris (...);* 95. *Ergo et promissa non facienda nonnumquam neque semper deposita reddenda. Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere. Quid? si is, qui apud te pecuniam deposuerit, bellum inferat patriae, reddasne depositum? Non credo, facies enim contra rem publicam, quae debet esse carissima…*
>
> *Sen.*, *De benef.,* IV, 35, 4: *Non mutata sapiens consilium omnibus his manentibus, quae erant, cum sumeret (...) certum ad omnia cum exceptione venit 'si nihil inciderit, quod impediat*; 39, 4: *Subest, iniquam, tacita exceptio 'si potero', 'si debebo', 'si haec ita erunt'. Effice ut idem status sit cum exigis qui fuit cum promitterem: destituere levitas erit. Si aliquid intervenit novi, quid miraris, cum condicio promittentis mutata sit, mutatum esse consilium. Eadem mihi omnia praesta, et idem sum...*

Ambos autores desarrollan la idea de que determinadas promesas no deben cumplirse cuando las circunstancias sobrevenidas alteran radicalmente la situación inicial o hacen injusta su ejecución.[983]

Particular relevancia adquirió el ejemplo ciceroniano de la espada depositada, que no debe ser restituida a su dueño si éste enloquece, por haber desaparecido las condiciones que justificaban la obligación inicial. Asimismo, el que hubiera recibido dinero en depósito no debería restituirlo al que ahora se levanta en armas contra la patria. El ejemplo de la espada fue retomado por San Agustín de

[983] OSTI, op. cit., p. 8 y ss.; FEENSTRA, *op. cit.*, p. 80.

Hipona[984] y pasó después al *Decretum Gratiani* (XII. 2. 14),[985] en cuya glosa se señala que la promesa de restitución de la espada había sido formulada bajo la condición de que el estado de las cosas permaneciera inalterado (*si res eodem statu manserit*). Más tarde, esta misma formulación sería recogida en las Decretales de Gregorio IX o *Liber Extra* (X. 2. 24-25).

Los comentaristas y juristas escolásticos, especialmente Bartolo y Baldo, desarrollaron progresivamente esta idea hasta transformarla en una cláusula general implícita en los contratos: toda obligación se entiende asumida bajo la condición de que las circunstancias esenciales concurrentes al momento de su celebración permanezcan sustancialmente estables.[986]

En este proceso los comentaristas elaboraron doctrinalmente las bases ofrecidas por la Glosa.[987] Bartolo habría sido el primero en aplicar expresamente esta concepción como condición implícita a un acto jurídico,[988] en particular en relación con la renuncia de lo

---

[984] San Agustín de Hipona, *Enarrationes in psalmos.* V. 7

[985] *Verbi gratia, tamquam, si cui gladius commendetur, et promittat se redditurum, cum ille, qui commendavit poposcerit; si forte gladium suum repeteat furens, manifestum est, non esse reddendum, ne vel se occidat, vel alios, donec ei sanitas restituatur* (Así es, por ejemplo, cuando a uno le es dada en depósito una espada y él promete que la restituirá en caso de que aquél que la ha dado en custodia la solicite. Pero si éste luego, caído en la locura, solicita la restitución de la espada, es claro que no debe serle restituida alguna cosa, hasta que él no esté sano, para que de esta manera no se cause daño asi mismo o a otros).

[986] MARTÍNEZ DE MORETÍN, *op. cit.*, p. 334.

[987] Para un estudio del desarrollo posterior de la *rebus sic stantibus,* ver FEENSTRA, *op. cit.*, pp. 84 y ss; CARDILLI, *Bona fides,* pp. 158 y ss; CHAMIE GANDUR, *op. cit.*, 70 ss.

[988] FEENSTRA, *op. cit.*, p. 84 y n. 75.

entregado a título de dote. En concreto, en el comentario al texto de Neracio, el jurista afirma:

> Estas palabras... "en tanto que pueda contraerse matrimonio" deben ser entendidas *rebus sic se habentibus*, esto es mientras permanezca el noviazgo. Esto se tenga presente, porque cuando alguno renuncia en cualquier situación a todo derecho que tiene o puede tener, esto debe ser entendido *rebus sic se habentibus*, esto es con base en el derecho que existe en aquel momento, de la situación así como es o como se espera que sea.[989]

Más se considera que fue Baldo quien generalizó la cláusula,[990] extendiéndola a las *promissiones* y sosteniendo que, así como en el texto de Neracio, el vocablo *potest* debía entenderse *rebus sic se habentibus.* Del mismo modo, toda promesa quedaba subordinada al mantenimiento de las circunstancias originarias.[991]

De esta manera, la cláusula *rebus sic stantibus* terminó configurándose como correctivo del principio *pacta sunt servanda*,[992] derivado

---

[989] *Ista enim verba* (...) *quamdui matrimonium contrahi potest debent intelligi rebus sic se habentibus, hoc est presentibus sponsalibus. Quod tene menti, quia quando quis renunciat in aliqua re omni iuri quod habet vel habere potest vel posset, oportet intelligi rebus sic se habentibus, hoc est ex aliquo iure quod est de presenti, re vel spe.* BARTOLUS A SAXOFERRATO (1578). *In secundam ff. veteris partem*, Venetiis, fol. 40. https://bit.ly/3uzW5x7.

[990] *Nota quod verbum potest intelligitur rebus sic se habentibus, et sic intelligitur de potentia proxima et certa et ordinata, quia rebus sic se habentibus loquimur; et sic promissiones intelliguntur rebus sic se habentibus,* BALDI UBALDI (1576). *In secundam Digesti Veteéis partem. Commentaria.* Venetiis, 1576, fol. 59. https://bit.ly/2SGqADt

[991] Ver DE LAS CASAS LEÓN, *op. cit.* p. 14.

[992] La relación entre el principio *pacta sunt servanda* y la distribución de riesgos es de complemento, tal y como señalan AMUNÁTEGUI, *op. cit.*, p. 178*;* CASTAÑEIRA

de la máxima de derecho canónico: *Contractus ex conventione legem accipere dinoscuntur* (Los contratos reciben su ley de la propia convención)[993] y construido sobre la base de textos jurídicos romanos, especialmente de la concepción ulpianea de que c*ontractus enim legem ex conventione accipiunt* (D. 16. 3. 1. 6). De este modo, aunque su formulación sistemática fue obra de la tradición medieval y canonista, su fundamento remoto se encuentra en el derecho romano, cuya comprensión flexible de la obligación, del riesgo contractual y de la incidencia de circunstancias sobrevenidas proporcionó el sustrato técnico necesario para la posterior elaboración de uno de los principales mecanismos correctores de la obligatoriedad contractual en la tradición jurídica europea.[994]

V. Conclusiones

El examen de las fuentes permite afirmar que el derecho romano conoció y reguló de forma efectiva los problemas derivados de las circunstancias sobrevenidas, aunque lo hizo sin recurrir a construcciones dogmáticas generales y mediante soluciones estrictamente casuísticas. Este rasgo, lejos de constituir una limitación, permitió a los juristas adaptar las respuestas jurídicas a las particularidades de cada supuesto, atendiendo tanto a la naturaleza del contrato como a los intereses concretos de las partes.

JERÉZ, J. (2014). Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014. *InDret,* (4), 8.

[993] Bonifacio VIII, *Liber Sextus,* 5. 12. 85.

[994] Art. 1091 del CC: *"Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos".* Además del citado precepto, véase los artículos 1256 y 1258 del CC.

El principio *pacta sunt servanda* constituye uno de los pilares esenciales del sistema obligacional romano al garantizar la fuerza vinculante del acuerdo y la estabilidad del tráfico jurídico. No obstante, dicha obligatoriedad nunca operó de manera absolutamente rígida, pues la jurisprudencia admitió modulaciones cuando acontecimientos imprevisibles o irresistibles comprometían gravemente la posibilidad de cumplimiento o frustraban la función económica del contrato.

Las categorías de *casus* y *vis maior* desempeñaron así una función decisiva como presupuesto de exclusión de responsabilidad conforme al principio *casus a nullo praestantur*, articulándose mecanismos de distribución del riesgo (*periculum*) adaptados a la naturaleza de cada relación contractual. A través de ellos, el derecho romano abordó con notable flexibilidad la gestión de la imposibilidad sobrevenida, distinguiendo entre responsabilidad por incumplimiento y asignación patrimonial de pérdidas.

Junto a estos mecanismos, se destaca especialmente el papel de la *bona fides*, que actúa como instrumento fundamental de reequilibrio del contrato en los supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias. A través de ella, los juristas romanos pudieron corregir los efectos excesivamente gravosos derivados de la aplicación estricta de las reglas contractuales, evitando situaciones de enriquecimiento injustificado y garantizando la equidad en la ejecución del contrato.

Asimismo, la relevancia de la causa en las atribuciones patrimoniales y la posibilidad de repetición en los supuestos de *datio sine causa* ponen de manifiesto la existencia de mecanismos que permitían reaccionar frente a la desaparición del fundamento económico del contrato como consecuencia de un acontecimiento sobrevenido.

En definitiva, aunque el derecho romano no formuló expresamente la cláusula *rebus sic stantibus*, sí sentó las bases de su posterior desarrollo al reconocer de forma implícita la necesidad de adaptar el contrato cuando las circunstancias cambian de manera relevante.

La constante tensión entre el principio *pacta sunt servanda* y la

exigencia de equidad en la ejecución contractual refleja un equilibrio dinámico que sigue siendo esencial en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Este legado resulta especialmente significativo en la actualidad, donde fenómenos como las crisis económicas o sanitarias han reavivado el debate sobre la adaptación de los contratos ante circunstancias imprevisibles, confirmando la vigencia y utilidad de las soluciones ya esbozadas por la jurisprudencia romana.

VI. Referencias

ANKUM, H. (1972). Remissio mercedis. *RIDA,* (19), 219-238.

ARANGIO-RUIZ, V. (1960). *Istituzioni di diritto romano*. Jovene.

ARANGIO-RUIZ, V. (1957). Frammenti di Ulpiano, libro 32 ad ed., in una pergamena de provenienza egiziana. *AG*, 153(1-2), 140-158.

ARANGIO-RUIZ, V. (1961). *La compravendita in diritto romano*. Jovene.

ARIAS RAMOS, J. (1984). *Derecho Romano, II. Obligaciones, familia, sucesiones,* Revista de Derecho Privado.

BALDI UBALDI (1576). *In secundam Digesti Veteris partem. Commentaria, Venetiis*, fol. 59. https://bit.ly/2SGqADt

BARTOLUS A SAXOFERRATO (1578). *In secundam ff. veteris partem,* Venetiis, fol. 40. https://bit.ly/3uzW5x7

BETTI, E. (1954). Periculum. Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo. *JUS. Rivista di Sciencie Giuridica*, (3), 33-85.

BETTI, E. (1956). *Studi in onore de Pietro De Francisci*, I, Giuffrè.

CANNATA, C. A. (1960). *Alcune considerazioni ed ipotesi su PSI 1449*, Società Tipografica Modenese, 1-8 [*AG,* 159, 1-2, 25-33].

CANNATA, C. A. (1966). *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel Diritto Romano.* Giuffrè.

CANNATA, C. A. (1996). *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di Diritto romano.* Librería Editrice Torre.

CARDILLI, R. (2004). *Bona fides, Tra storia e sistema*, Giappichelli,

CARDILLI, R. (1995). *L´obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in Diritto Romano, (II sec. A.C.- II sec. D.C).* Giuffrè.

CHAMIE GANDUR, J. F. (2013). *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship.* Universidad Externado de Colombia.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003). *La cláusula rebus sic stantibus.* Tirant lo Blanch.

DE LAS CASAS LEÓN, M. E. (2019). ¿La cláusula *rebus sic stantibus* como excepción al principio *pacta sunt servanda*? *RGDR,* (33), 1-36.

DE ROBERTIS, F. M. (1994). *La responsabilità contrattuale nel diritto romano: dalle origini a tutta la età postclassica.* Caccuci Editore.

DIEZ SOTO, C. M., & GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2001). Los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados de la Covid-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el Derecho español. *Cuadernos de Derecho Transnacional, 13*(1), 180-237.

FEENSTRA, R. (1974). Impossiblitas and clausula *rebus sic stantibus*. Some aspects of contract in continental legal history up to Grotius *Daube Noster. Essays in legal history for David Daube.* Scottish University Press.

FERNANDEZ DE BUJÁN, F. (2006). *Deductio mercedis.* Forma alternativa de garantía del conductor. *RIDA,* (53), 151-170.

GERKENS, J. F. (2005). *Vis maior and vis cui resisti non potest* en *Fundamina,* 11(1), 119-120.

GIARO, T. (1975). Il limite della responsabilità ex cautione damni infecti (Contributo allo studio della forza maggiore nel diritto romano classico). *BIDR*, (38), 271-283.

GONZALBES CRAVIOTO, E., & GARCÍA GARCÍA, I. (2013). Una aproximación a las pestes y epidemias en la antigüedad. *Espacio, tiempo y forma. Serie II. Historia Antigua,* (26), 63-82.

GREGORACI, B. (2020). *El impacto de la COVID-19 en el Derecho de contratos español* en *ADC*, *LXXIII*, 455-490.

HEUMANNS, H. G., & SECKEL, E. (1926). *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts.* Gustav Fisher Jena.

LUZZATO, G. I. (1938). *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale, I. Responsabilità per custodia.* Giuffrè.

MAFFEI, D. (1957). *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell´età dei glossatori. Saggi.* Giuffrè.

MARTÍNEZ DE MORENTÍN, M. L. (2014). Sobre la construcción del principio *pacta sunt servanda rebus sic stantibus*, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión. *RIDA,* (61), 329-362.

MAYER MALY, T. (1958). Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung", Grazer Rechts und Staatswissenschaftlichen Studien. *Festschrift Arthur Steinwenter,* III, Hermann Böhlaus Nachf.

MILELLA, O. (1987). Casus e vis maior en Sen., Ben., 4. 39. 3-4; 7. 16. 3 *Labeo, 33*(3), 267-297.

MIQUEL, J. (1964). Periculum locatoris. Ricerche in tema di responsabilità. *ZSS*, (81), 134-190.

OSTI, G. (1912). La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico. *Rivista di Diritto Civil*, (4), 1-58.

OSTI, G. (1959). voce Clausola “rebus sic stantibus”. *NNDI*, *III*.

PINA PARPAGLIA, P. (1983). *Vitia ex ipsa re. Aspetti della locazione in Diritto romano*. Giuffrè.

ROBINSON, O. (1977). Casus in the Digest. *Acta jurídica. Essays in honour of B. Beinart*, (2), 337-345.

ROCA SASTRE, R. M. (1948). El riesgo en el contrato de compraventa. *Estudios de Derecho Privado*, I, Obligaciones y contratos. Revista de Derecho Privado.

SARGENTI, M. (1989). voce Rischio (diritto romano). *EDD, XL*.

SITZIA, F. (1978). Considerazioni in tema di periculum locatoris e di remissio mercedis. *Studi in memoria di Giuliana D´Amelio. I Studi storico-giuridici* (pp. 331-361). Giuffrè.

TALAMANCA, M. (1960). voce Culpa a) Diritto romano y b) Diritto intermedio. *EDD*, *VII*, 517-533.

TALAMANCA, M. (1995). Considerazioni sul periculum rei venditae. *Seminarios complutenses de Derecho romano,* (7), 217-296.

TAFARO, S. (1984). *Regula e ius antiquum*. D. 50, 17, 23. Ricerche sulla responsabilita contrattuale. Cacucci.

THOMAS, J. C. (1973). Remissio mercedis. *Studi in memoria di Guido Donatuti* (pp. 1271-1277), III. Cisalpino.

THOMAS, J. C. (1982). Words are tools, not masters. *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* (pp. 23-32), I. Cisalpino-La Goliardica.

VISKY, K. (1949). La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République. *RIDA*, (3), 437-484.

El derecho provincial romano y su jurisdicción penal

Juan Pérez Carrandi[995]

I. Introducción

El proceso de expansión de Roma más allá de los límites de la península itálica no supuso únicamente un reto militar o administrativo, sino que planteó la necesidad de articular un sistema jurídico capaz de gestionar territorios con sustratos culturales y legales muy diversos. La creación de las provincias obligó al poder romano a diseñar un marco de convivencia donde el derecho propio de los conquistadores y las costumbres locales de los conquistados debían coexistir, a menudo bajo una jerarquía impuesta por la figura del gobernador.

En este trabajo nos proponemos analizar los mecanismos de la jurisdicción provincial, prestando especial atención a cómo se estructuró la administración de justicia a través de los *conuentus* y cuál fue el alcance real de la autoridad del magistrado. Para ello, examinaremos la dualidad existente en el ejercicio de la justicia: por un lado, una jurisdicción civil que tendía a respetar, al menos

[995] Doctor en Derecho (Universidad Complutense de Madrid).

formalmente, la autonomía local de las ciudades, y por otro, una jurisdicción penal, donde el *imperium* del gobernador se manifestaba de forma mucho más contundente.

A través del análisis de fuentes literarias y epigráficas, observaremos que la protección que brindaba la ciudadanía romana no siempre fue un escudo infalible en suelo provincial. La tensión entre la norma —representada por leyes como las *Porciae* o la posterior *lex Iulia de ui*— y la praxis cotidiana de los gobernadores ofrece un escenario donde la discrecionalidad y, en ocasiones, la arbitrariedad, marcaron el pulso de la justicia romana en las provincias.

II. Expansión y nivel de romanización

Ya en la conquista itálica Roma ocupa territorios, empleando la federación como forma de organización del suelo adquirido. Se tiende a imponer una paz sobre el vencido que siempre buscará el beneficio romano.[996] Sin embargo, este tipo de dominio no vendrá acompañado de una inmediata integración de la población itálica dentro de la esfera ciudadana romana. De hecho, el descontento frente a un estatus romano privilegiado y cerrado terminará derivando en la que sería conocida como Guerra Social, del 91 al 88 a. C. Tras este conflicto, los romanos se verán obligados a conceder la ciudadanía al conjunto de personas libres residentes en Italia. La medida era importante, pues no en vano Cicerón recuerda que la tenencia de ciudadanía actuaba como un nexo de unión indispensable entre el hombre y la *ciuitas*, siendo la llave que le permitía participar de la vida pública desarrollada en el foro, en las actividades religiosas,

[996] BANCALARI MOLINA, A. (2004). Coexistencia o enfrentamiento entre el Derecho Romano y los Derechos locales de las provincias. *REHJ*, (26), 25-39.

jurídicas o en la propia actividad política.[997] De este modo, avanzado el siglo I a. C., se puede hablar ya con seguridad de la constitución de un espacio unificado en Italia a nivel judicial y jurisdiccional.[998]

En la etapa de expansión mediterránea que ya se venía desarrollando tiempo atrás, la actividad bélica y de conquista va poniendo bajo dominio romano todo un crisol de territorios dotados de un sustrato cultural extraordinariamente heterogéneo. Las poblaciones dentro de las provincias que se van constituyendo se verán privadas mayoritariamente de la codiciada ciudadanía romana. La política latina de concesión es netamente discriminatoria, limitándose a concretas ciudades o a individuos específicos, normalmente pertenecientes a las élites locales.[999] El criterio era puramente estratégico y práctico, buscando contentar a los poderes locales para acercarlos a la causa y el control de Roma. Los romanos garantizaban la estabilidad en el territorio, y por su parte las élites locales seguían viendo respetados sus privilegios en el control local, tal como venía sucediendo.

Llegados a este punto cabe preguntarse por el nivel de interacción que se fue desarrollando entre los locales y el poder romano a nivel legal, entendiendo que una inmensa mayoría de las poblaciones provinciales careció de ciudadanía romana durante largo tiempo. Debemos advertir al respecto que la romanística no ha mantenido tradicionalmente un claro interés en el derecho provincial, prevaleciendo en gran medida los estudios del derecho privado romano a través de la específica jurisdicción del pretor.[1000]

Otra advertencia que hemos de señalar es que el proceso de romanización, no siendo en ningún caso homogéneo, sí fue progresivamente

---

997 Cic. *de offic*. I. 53.

998 SCHIAVONE, A. (2016). *Storia giuridica di Roma* (p. 94). Giappichelli.

999 BANCALARI MOLINA, *op*. *cit*., 27.

1000 RICHARDSON, J. (2015). Roman Law in the Provinces. En D. JOHNSTON (Coord.). *The Cambridge Companion to Roman Law* (p. 45). Cambridge University Press.

más intenso y estable en la parte occidental del Imperio. Y pongamos para ello un ejemplo a través del latín, la lengua empleada por los conquistadores. En los territorios de Hispania, Galia o África occidental romana, el latín va penetrando progresivamente y acaba siendo empleado como lengua común entre los provinciales. Sin embargo, en la parte oriental sucederá todo lo contrario: el latín apenas tendrá una penetración significativa. En *El Asno de Oro* de Apuleyo se desarrolla un interesante contacto, ambientado en la Grecia romana del siglo II d. C., entre un aldeano y un legionario. El militar se interesa por el asno que porta el hortelano, pero los requerimientos verbales del romano son vanos, pues el anciano dice desconocer el latín (*sermonis ignorantia*).[1001] Finalmente, es el propio legionario quien comienza a hablar en griego. La escena, lejos de poder ser tildada como fantástica, es buen ejemplo del fracaso en la política de implantación, si es que ésta existió en algún momento, de la lengua de la fuerza ocupante, el latín, en el territorio griego.

III. Marco normativo básico provincial y derecho civil

La expansión romana más allá de la península itálica lleva a la constitución de provincias como forma de distribución, control y administración de los espacios que se van incorporando al territorio romano. Así, De Francisci (1944) definió a la provincia *como "una circoscrizione territoriale amministrativa che comprende un grupo di ciuitates le quali atanno fueri della federazione itálica, e che è sottoposta all, autorità di un governatore mumito di imperium, nonchè ad un tributo in vario modo commisurato e regolato"*.[1002] Más recientemente,

[1001] Apul. *met*. IX. 39.

[1002] DE FRANCISCI, P. (1944). *Storia del diritto romano, Vol. II. Part. I* (p. 48). Giuffrè.

y de una forma más básica, Mousourakis (2003) se refería al territorio o distrito situado fuera de Italia, que los romanos habían conquistado por la guerra.[1003]

En este sentido, Sicilia se constituye como primera provincia romana en el 241 a. C. Con posterioridad, una comisión de diez senadores (*decem legati*)[1004] redacta una *lex prouinciae*, conocida como *lex Rupilia*, en el 132 a. C. Ésta y otras provincias[1005] se dotaron de lo que era una ley impuesta (*lex data*) que, principalmente, acometía la división de la provincia en distritos menores, establecía impuestos y atribuciones, organizaba la justicia civil y penal, o reconocía diferentes formas de autonomía a las distintas ciudades.[1006] Existieron básicamente tres tipos: libres y federales (vinculadas a Roma permanentemente mediante tratados de alianza), libres e inmunes (de reducido número, Roma les había concedido en virtud de la *lex prouinciae*, y en ausencia de un tratado bilateral, determinados privilegios como la excepción de impuestos) y, finalmente, tributarias (el grupo más numeroso, aportando la mayor parte de los tributos de la provincia).[1007]

El Edicto era otro referente normativo, si bien más inmediato,

---

[1003] MOUSOURAKIS, G. (2003). *The Historical and Institutional Context o f Roman Law* (p. 157). Ashgate.

[1004] En la etapa final de la República son elegidos por el propio gobernador, y no por el Senado (Sall. *Iug*. XXVIII; Cic. *de imp. Gn. Pomp*. XIX. 57). Normalmente diez, casi siempre senadores (Pol. XXI, 4, XXII, 7; Liu. XLV, 17, 29; Cass. Dio. XXXIX, 25). También asisten al gobernador como consejo, pudiendo sustituirlo en sus funciones por ausencia, también en el campo de la jurisdicción (Uarr. *de ling. Lat*. V, 87; Cic. *in Uat*. XV, 35).

[1005] Encontramos, entre otras, la *lex de Emilio Paulo* (Macedonia), *lex Metelli* (Creta), o la *lex Pompeia* (Bitinia).

[1006] TALAMANCA, M. (1989). *Lineamenti di storia del diritto romano* (p. 268). Giuffrè.

[1007] MOUSOURAKIS, *op*. *cit*, p. 158.

en suelo provincial, pues debía ser publicado anualmente por el gobernador en ejercicio. Si nos atenemos a lo dicho por Cicerón, deberíamos pensar que fue un exacto paralelo al Edicto del pretor de Roma.[1008] Su contenido no sería otro que puro derecho civil romano aplicado en controversias entre ciudadanos romanos, así como entre romanos y provinciales, pues para las controversias surgidas entre provinciales de una misma *ciuitas* se aplicaría el derecho local.[1009] Greenidge (1930) ya sostenía en el primer tercio del pasado siglo que nunca se pretendió que actuasen los Edictos en la forma de "códigos", limitándose a acometer asuntos de derecho internacional privado, a ejercer la jurisdicción administrativa y el propio procedimiento.[1010] Éstos podían ser redactados en Roma,[1011] e incluso ser reutilizados de una provincia a otra, tal como hiciese Cicerón en su gobernación de Cilicia (51-50 a. C.) con el Edicto de Mucio Esquévola para Asia.[1012] En todo caso, el orador sentencia que los principios del pretor urbano de Roma debían utilizarse según la ocasión lo requiriese dentro del escenario provincial.[1013]

A través de las palabras del arpinate a su hermano Quinto Cicerón, en el momento en que el último ejerce de gobernador en Asia, conocemos que la actividad de tal cargo distaba mucho de ser variada en cuanto a la administración de la provincia, pues a su juicio todo giraba en torno a la jurisdicción: "*ac mihi quidem uidetur non sane magna uarietas esse negotiorum in administranda Asia*".[1014] El mismo Cicerón decidió ejercer la jurisdicción de toda Cilicia (51-

[1008] Cic. *Ad Att*. VI, 1, 15; VI, 2, 4.

[1009] Cic. *In Uerr*. II, 22; 27.

[1010] GREENIDGE, A. H. J. (1930). *Roman public life* (p. 326). Macmillan.

[1011] Cic. *ad Fam*. III, 8, 4.

[1012] Cic. *ad Att*. VII, 1, 15.

[1013] Cic. *ad Att*. VI, 1, 15.

[1014] Cic. *Ad Quint*. I, 1, 7, 20.

50 a. C.), a excepción de Chipre, donde decide enviar a su hermano para administrar justicia.[1015] En el caso de Julio César, éste regresaba anualmente de sus campañas militares en la Galia para poder ejercer la jurisdicción en la Galia Citerior, donde era gobernador, durante el invierno (*ipse in citeriorem Galliam ad conventus agendos profectus est*).[1016] En una de estas ocasiones, tras celebrar las asambleas judiciales, parte hacia el Ilírico (*ipse conuentibus Galliae citeribris peractis in Illyricum proficiscitur*).[1017] En suma, el ejercicio de la jurisdicción es imprescindible para César, y está presente en otros tantos pasajes de su crónica bélica.[1018]

Así, el desarrollo de la jurisdicción provincial era posible mediante la división del territorio en diferentes *conuentus* judiciales, dotándose cada uno de éstos con una capital de especial importancia y quedando delimitados físicamente en el territorio a través de hitos fronterizos. Ello es al menos lo que se desprende de algunos epígrafes localizados, por ejemplo, en España, encontrando en Colmenar Viejo una piedra del siglo I d. C. con la inscripción "*TER(minus) AVG(ustalis)*". Para Curchin (1994) podríamos estar ante el límite occidental del territorio de *Complutum*, ciudad más occidental del *Conuentus Caesaraugustanus*,[1019] siguiendo ésta la opinión de Stylow,

---

[1015] Cic. *ad Att*. V, 21, 6.

[1016] Caes. *de bell. Gall*. I, 54, 3.

[1017] *Ibid*. V, 1, 15.

[1018] *Ibid*. V, 2, 1: *is confectis rebus conuentibusque peractis, in citeriorem Galliam reuertitur atque inde ad exercitum proficiscitur*; VI, 44, 3: *ut instituerat, in Italiam ad conuentus agendos profectus est*; VII, 1, 1: *quieta Gallia Caesar, ut constituerat, in Italiam ad conuentus agendos proficiscitur*; VIII, 46, 5: *cum celeriter omnes conuentus percucurrisset*. Suetonio también menciona esta actividad: *conuentibusque peractis Rauennae substitit* (Suet. *Iul*. XXX,1).

[1019] CURCHIN, L. A. (1994). Juridical epigraphy and provincial administration in central Spain. En J. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ (Ed.). *Roma y las provincial.*

editor de la inscripción, quien cree el epígrafe estaría marcando la división entre dicho *conuentus* y el *Conuentus Carthaginiensis*.

Amarelli dice que el término *conuentus* definía las reuniones donde, tanto para disputas civiles como penales, los gobernadores solían administrar justicia. Y en cuanto a las fechas, las asambleas judiciales se harían coincidir con días asignados para solemnidades religiosas de importancia, lo que explicaría la gran afluencia a juicios y ejecuciones. Para Amarelli (2005), también habría existido la posibilidad de que el gobernador administrase justicia de forma espontánea, sin estar su presencia asociada a una específica tarea judicial, pues sostiene que las giras del gobernador también lo llevaban a realizar otras gestiones, como el reclutamiento, la inauguración de edificios públicos, etc.[1020]

La selección de las diferentes ciudades judiciales dependía de que éstas estuviesen bien situadas dentro de la red de caminos de desplazamiento del gobernador. De este modo, tal como ha estudiado Marshall (1966), el gobernador de Cilicia había construido una ruta judicial en torno a la gran carretera provincial, desde Laodicea, pasando por el Valle del Meandro, sur de Capadocia, Puertas de Cilicia, para acabar en Tarso. El trabajo judicial se acumulaba para los meses de invierno, por lo que, por ejemplo, el gobernador de Macedonia podía guerrear en verano con los dardanios mientras cruzaba en el invierno la montaña hacia Tesalónica para presidir las sesiones judiciales.[1021]

Diferentes ejemplos del ejercicio de la jurisdicción civil provincial, en distintos períodos y territorios, nos muestran el carácter

---

Realidad administrativa e ideología imperial (p. 90). Ediciones Clásicas.

[1020] AMARELLI, F. (2005). Il conventus come forma di partecipazione alle attività giudiziarie nelle città del mondo provinciale romano. En F. AMARELLI (Ed.). *Politica e participazione nelle città dell impero romano* (pp. 2-5).

[1021] MARSHALL, A. J. (1966). Governor son the Move. *Phoenix*, *20*(3) 236-241.

subsidiario que Roma otorgó a su intervención dentro de la justicia privada de los provinciales.

En el 87 a. C. se fecha la conocida como *Tabula Contreuiensis*,[1022] hallada al sur de Zaragoza, España, en 1975, que da cuenta del conflicto por los derechos de agua que surge entre alavoneses y salvienses. Los primeros, como demandantes, acuden al gobernador de la Hispania Citerior, Cayo Valerio Flaco, para pedirle que resuelva el conflicto, y éste decide que sea el senado de Contrebia quien lo haga. Si bien en la *Tabula* se evidencia el asesoramiento romano, siguiendo lo dispuesto en el procedimiento formulario romano. Y más aún, la propia acción de la petición de jurisdicción muestra que ésta tendía a ser muy excepcional de parte de Roma.

Siglos en adelante, el ejercicio de tal jurisdicción sigue siendo poco habitual, encontrando un buen ejemplo en Siria, donde en el 216 d. C. Carracalla está de visita en Antioquía, en la provincia de la Siria Norte. En ese entonces, los habitantes de Goaria, población de la provincia de la Siria fenicia, recorren nada menos que más de 300 kilómetros para pedir al emperador que resuelva un conflicto que mantienen con un contratista que monopoliza el culto a Zeus en el templo local. Caracalla acepta y preside un juicio cuyas actas fueron expuestas en el citado templo de manera perpetua, donde se da la razón a los demandantes. A buen seguro, la resolución imperial debió ser muy excepcional, y los demandantes habían obviado la justicia local, y en todo caso, una posible apelación al gobernador de la provincia vecina. Es probable que nada de lo último estuviese claramente prestablecido, y mucho menos que pudiesen tener los demandantes garantía alguna de una resolución justa accediendo a la "jurisdicción rutinaria".

[1022] ANNÉE ÉPIGRAPHIQUE (1979). *L'Année Épigraphique: Revue des publications épigraphiques relatives à l'antiquité romaine*. N° 377. Presses Universitaires de France.

A inicios del mismo siglo III d. C. encontramos el conocido *Papiro Yale 61*, que se fecha en el 209 d. C. y recoge la visita del prefecto de Egipto Subatianus Aquila al *conuentus* de Arsinoe, donde, se dice, habría recibido un total de 1804 peticiones, a buen seguro sobre materia civil en su mayor parte. Se ha estimado que, de haber dedicado unas diez horas diarias a conocer los casos, tan solo habría dedicado un minuto a cada uno de ellos.[1023] En éste y muchos otros casos el ejercicio de jurisdicción romana en materia civil debió tender a ser bastante expeditivo, y no en vano el propio Gayo expone una máxima para los romanos, esto es, que el derecho civil que regula a cada pueblo es exclusivo de éste: *nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est uocaturque ius ciuile, quasi ius proprium ciuitatis*.[1024] En tal contexto, los provinciales únicamente podían acudir a la jurisdicción de Roma cuando ésta así lo estimase, buscando siempre una mayor autoridad y justicia, pero en ningún caso, al menos durante siglos, los romanos destruyen los sistemas jurídicos de sus súbditos.[1025]

IV. Jurisdicción penal provincial

El gobernador poseía jurisdicción penal sin restricciones, pero no podemos presuponer que la habría ejercido con frecuencia, siendo más probable que dejase los delitos más comunes en manos de la jurisdicción local. Por ejemplo, durante la gobernación de Verres en Sicilia, el senado de Catania había juzgado a un esclavo según

[1023] BRYEN, A. Z. (2012). Judging Empire: Courts And Culture in Rome´s Eastern Provinces. *LHR*, *30*(3), 779.

[1024] Gai. *Inst*. I, 1.

[1025] CROOK, J. (1967). *Law and Life of Rome* (p. 283). Cornell University Press.

sus leyes: *is accusatur, ficti testes in eum dantur. rem cunctus senatus Catinensium legibus iudicabat*.[1026] De igual forma, la gravedad de determinados delitos podría hacer que éstos excediesen la propia jurisdicción del gobernador, debiendo ser dichas causas juzgadas en Roma, como así ocurriría en casos de sedición o levantamiento popular. De este modo, ante los disturbios desatados en Lampsaco, también en la Sicilia de Verres, el propio Cicerón se preguntaba si no habría sido correcto que el gobernador hubiese llevado el asunto ante el Senado de Roma: "*non te ad senatum causam deferre?*"[1027]

En el ejercicio de su jurisdicción, el gobernador se podía apoyar en un *consilium* perteneciente a la propia delegación romana del magistrado, si bien ello no era imperativo. En una ocasión en que Verres forma juicio contra un acusado, el último le implora que lo juzgue acompañado de un consejo: *reus orare atque obsecrare ut cum consilio cognosceret*.[1028]

Cuando la pena capital era empleada en las provincias, la crucifixión se convertía en el suplicio preferentemente aplicado. Así, también en Sicilia, pero en el 96 a. C., en este caso el gobernador Enobarbo hará crucificar a un pastor que había matado a un jabalí con un arma, cuando en su conjunto éstas habían sido recientemente prohibidas por el magistrado en la provincia.[1029]

Conocemos una crucifixión grupal que se hizo célebre en el 75 a. C. Julio César contaba tan solo 25 años cuando, camino de Rodas para recibir instrucción de Apolonio Molón, su barco es asaltado por piratas cilicios y el romano acaba secuestrado. Durante los casi dos meses de reclusión hasta la llegada del rescate, César habría advertido a los captores que acabaría crucificándolos. Ya liberado, se

[1026] Cic. *in Uerr*. IV,45,100.

[1027] *Ibid*. I, 33, 84.

[1028] *Ibid*. II, 30, 75.

[1029] Ual. Max. *Fact*. VI, 3, 5; Cic. *in Uerr*. V, 3, 7.

hizo con un grupo de hombres armados para capturar a los piratas y encarcelarlos. Todo ello había sido desarrollado por su propia cuenta y a sus expensas. Pero en adelante ya no disponía de más libertad para cumplir con su promesa, pues para ello debía acudir a presencia de Junco, gobernador de Asia, Únicamente éste podía autorizar la aplicación del suplicio capital, ya que los piratas estaban dentro de su provincia, y por tanto también dentro de su jurisdicción. Plutarco dice que el gobernador era el único con potestad para aplicar tales castigos: "ὡς ἐκείνῳ προσῆκον ὄντι στρατηγῷ κολάσαι τοὺς ἑαλωκότας".[1030] Pero Junco demoró una pronta respuesta y César decidió practicar la crucifixión por su cuenta, si bien, señala Veleyo Patérculo, estaba actuando sin siquiera haber recibido un dictamen del gobernador al respecto: "*priusquam de ea re ulli proconsularis redderentur epistulae*".[1031]

Las ejecuciones podían llegar a ser totalmente extrajudiciales y multitudinarias de parte del propio gobernador. Encontramos tres ejemplos en Judea. El primero acontece en el año 11 d. C., cuando en el lugar se produce un levantamiento contra el poder romano. Varo, gobernador de Siria, acude al territorio para sofocar la situación, capturando a gran número de cabecillas de la revuelta y crucificando luego, de entre éstos, a unos dos mil, señala Flavio Josefo.[1032]

Ya bajo el emperador Claudio, el gobernador Umidio Cuadrato, estando en visita en la ciudad de Tiro, es visitado por notables judíos de Samaria. Van a su presencia para denunciar la revuelta que allí había instigado cierto cumano. El gobernador marcha sorpresivamente a Cesárea Marítima y ordena crucificar a cuanto cumano había hecho aprisionar[1033].

[1030] Plut. *Caes*. I, .3.

[1031] Uell. Pat. *Hist*. II, 42, 3.

[1032] Fl. Ios. *Bell. Iud*. II, 75: τοὺς δὲ αἰτιωτάτους ἀνεσταύρωσεν περὶ δισχιλίους.

[1033] *Ibid*. II, 241: τοὺς ὑπὸ Κουμανοῦ ζωγρηθέντας ἀνεσταύρωσεν πάντας.

También en Judea, ahora bajo Nerón, el procurador Marco Antonio Félix decide actuar contra el bandolerismo en la región, llegando a crucificar gran número de ladrones.[1034] Al poco tiempo, su homólogo Gesto Floro lleva a cabo una purga dentro de la comunidad judía de Jerusalén, luego de producirse violencia interna dentro de ésta. De este modo, serían fustigadas y posteriormente crucificadas gran número de personas.[1035]

Nos preguntamos en este punto por el nivel de punición que pudo desarrollar el gobernador sobre los ciudadanos romanos residentes en su provincia. Y aquí se hace necesario acudir a las conocidas como *leges Porciae*.[1036] Es Cicerón quien afirma que fueron un total de tres leyes, que habrían sido obra de "tres porcios".[1037] Durante el proceso contra Cayo Rabirio, acusado de *perduellio*, el arpinate recuerda que una de entre las tres estaba destinada a impedir la fustigación practicada sobre ciudadanos romanos.[1038] Por su parte, Livio cita una única *lex Porcia* de en torno al 300 a. C., que, además de prohibir los azotes sobre ciudadanos, también prohibía que éstos fuesen ejecutados sin que mediase sentencia previa.[1039]

[1034] *Ibid*. II, 253.

[1035] *Ibid*. II, 309.

[1036] Sobre éstas, ver LANGE, L. (1862). *Ludovici Langii commentationis de legibus Porciis libertatis ciuium uindicibus particula prior*. Typis Georgii Danielis Bruehli; HETLAND, W. E. (1987). *M. Tulli Ciceronis, Pro C. Rabirio (perduellionis reo) oratio ad Quirites* (pp. 100-108). University of Michigan; TYRRELL, W. B. (1973). The trial of C. Rabirius in 63 b. c. *Latomus*, (32).

[1037] *"neque uero leges Porciae, quae tres sunt [...] trium Porciorum, ut scitis"*, Cic. *de Rep*. II, 54.

[1038] "*aut de ciuibus Romanis contra legem Porciam uerberatis aut necatis plura dicenda sunt*" (Cic. *Rab. perd*. IV, 8). E insiste*:"Porcia lex uirgas ab omnium ciuium Romanorum corpore amouit"* (Cic. *Rab. perd*. IV, 12).

[1039] *Porcia tamen lex sola pro tergo ciuium lata uidetur, quod graui poena, si quis*

Ya en la etapa imperial, la detención del apóstol Pablo, en pleno siglo I d. C., muestra de forma clara la antítesis que en el mundo romano se mantiene entre la fustigación y su posible aplicación sobre romanos. Por ello, Pablo da cuenda de su estatus de ciudadanía romana de inmediato, cuando conoce que será sometido a azotes.[1040] Y la propia literatura latina muestra ejemplos, como en el caso de *El Asno de Oro*, de Apuleyo, que se ambienta en la Grecia provincial imperial del siglo II d. C. Allí el pobre burro afirma tener esperanzas de librarse de los azotes cuando recupere su forma humana, y con ella también la ciudadanía romana.[1041]

Pero la jurisdicción penal del gobernador no siempre había respetado a los ciudadanos, ni preservándoles de la fustigación, ni de la propia ejecución. El ciudadano romano Gavio conocía la forma en que su condición lo privaría de azotes, pues cuando Verres pretendía someterlo a esta tortura, el romano clamó desesperadamente su condición ciudadana: *clamabat ille miser se ciuem esse Romanum*.[1042] De nada le sirvió: Verres lo acusaba de trabajar como espía en la isla para jefes esclavos fugitivos, y finalmente acabará ordenando su crucifixión frente al Estrecho de Mesina. Pero no será esto lo que lleve a Verres a ser enjuiciado en Roma, sino la propia acusación por *crimen repetundarum*. Además, Cicerón solo dedicará breve tiempo en su discurso a este caso, enfatizando únicamente la dureza de un castigo que, dice, era más propio de los esclavos.[1043]

En la represión de Floro sobre los judíos, ya comentada, dice Josefo específicamente que también fueron azotados y crucificados

---

uerberasset necassetque ciuem Romanum sanxit, (Liu. X ,9, 4).

[1040] «εἰ ἄνθρωπον Ῥωμαῖον καὶ ἀκατάκριτον ἔξεστιν ὑμῖν μαστίζειν», Hch. XXII, 26.

[1041] *sed mihi sero quidem serio tamen subuenit ad auxilium ciuile decurrere*, Apul. *met*. III, 29.

[1042] Cic. *in Uerr*. V. 161.

[1043] *seruitutis extremo summoque supplicio adfixum uideret*, Cic. *in Uerr*. V, 169.

judíos que disponían de ciudadanía romana.[1044] Y en la segunda mitad del mismo siglo, siendo gobernador de la *Tarraconesis*, Galba mandará crucificar a un tutor ciudadano romano acusado de haber envenenado a su pupilo. Al igual que Gavio, éste también trató infaustamente de apelar a las leyes y a su ciudadanía romana.[1045]

Todavía a finales del siglo I d. C. tenemos testimonio de cómo el gobernador de África, Mario Prisco, se había dejado sobornar a cambio de azotar y terminar estrangulando a un ciudadano romano en la provincia. Plinio el Joven[1046] da cuenta de esta historia, indicando además que si poco después el magistrado fue sometido a juicio en Roma, lo sería por corrupción, si bien esta ejecución, al igual que ocurriese con la de Gavio en el juicio de Verres, habría sido sacada a colación en el juicio. Pero más aún, si el gobernador fue finalmente enviado al exilio, sabemos que terminó volviendo de allí.

Se conoce el derecho de espada o *ius gladii* de los gobernadores provinciales, y nadie cuestiona que el derecho a aplicar ejecuciones ya sería pleno desde etapa republicana para el caso de provinciales carentes de ciudadanía romana. Pero en cuanto a los propios romanos no hay un claro consenso. Si en teoría las referidas *leges Porciae* actuaban para proteger a los ciudadanos[1047] desde etapa republicana, hemos expuesto ejemplos que evidencian una clara violación del derecho vigente, sin que de ello se derive una punición específica. Tal como recuerda Filóstrato, está claro que adultos, ladrones, sacrílegos u homicidas debían ser llevados ante "un juez provisto de

---

[1044] Fl. Ios. *Bell. Iud*. II, 308: «ὃ γὰρ μηδεὶς πρότερον τότε Φλῶρος ἐτόλμησεν, ἄνδρας ἱππικοῦ τάγματος μαστιγῶσαί τε πρὸ τοῦ βήματος καὶ σταυρῷ προσηλῶσαι, ὧν εἰ καὶ τὸ γένος Ἰουδαίων ἀλλὰ γοῦν τὸ ἀξίωμα Ῥωμαϊκὸν ἦν».

[1045] Suet. *Galb*. IX, 1: *implorantique leges et ciuem Romanum se testificanti*.

[1046] Pl. *Ep*. II, 11.

[1047] GRIFÒ, G. (1996). *Lezioni di storia del diritto romano* (p. 130). Cacucci.

espada",[1048] esto es, ante el gobernador, y si bien escribe en la Grecia imperial, esta idea es válida desde etapa republicana. La cuestión está en conocer el nivel de protección de que imperaba sobre los romanos.

Si en Roma había surgido la *prouocatio* como medio a disposición del reo condenado a muerte para llevar la causa ante el pueblo, su naturaleza original dista de ser la de una institución plenamente jurídica desde sus inicios. Como sostiene Tyrrell (1974), la *prouocatio* debe entenderse primigeniamente como un instrumento nacido del conflicto de órdenes, una herramienta de auxilio que el pueblo otorgaba a los tribunos para frenar la *coercitio* de los magistrados patricios.[1049] No obstante, la obligatoriedad de los magistrados de someterse a este derecho de apelación no parece consolidarse hasta la *lex Ualeria* del 300 a. C., pues la doctrina moderna, con Arangio-Ruiz (1957) a la cabeza, tiende a considerar las leyes anteriores (como las del 509 o 449 a. C.) como ficciones creadas por los analistas para engrandecer la tradición de ciertas familias.[1050]

Por tanto, en el escenario provincial, la *prouocatio* representaba el estadio más avanzado de la libertad ciudadana: el derecho a sustraerse de la jurisdicción unilateral del gobernador para someter el proceso al juicio del *populus*. Sin embargo, como se observa en los casos de Gavio o de los judíos ciudadanos en tiempos de Floro, este derecho —que en la metrópoli era el baluarte contra la arbitrariedad— se convertía a menudo en suelo provincial en una "lucha de fuerzas" (siguiendo la terminología de Tyrrell) donde la distancia de Roma y la discrecionalidad del magistrado terminaban por anular la protección que las leyes debían garantizar al *ciuis*.

Así todo, la llegada de la etapa imperial llevó a un mayor control

[1048] Filost. *u.s*. I. 25. 532.

[1049] TYRRELL, W. B. (1974). The Duumviri in the Trials of Horatius, Manlius and Rabirius. *SZ*, (91), 115-116

[1050] ARANGIO-RUIZ, V. (1957). *Storia del deritto romano* (pp. 2 y ss). Jovene.

del emperador sobre los gobernadores, y no únicamente sobre los pertenecientes a las nuevas provincias imperiales, sino también sobre los senatoriales, debido al *imperium maius* del *Princeps*. De este modo, conocemos la introducción de la *lex Iulia de ui* durante el gobierno de Augusto, en el 17 a. C., la cual actuó contra aquellos magistrados que azotasen y/o ejecutasen a un ciudadano romano, luego de que éste hubiese pedido la *prouocatio*: "*lege Iulia de ui publica tenetur, qui, cum imperium potestatemue haberet, ciuem romanum aduersus prouocationem necauerit uerberauerit iusseritue quid fieri aut quid in collum iniecerit, ut torqueatur*".[1051]

Evidentemente, la medida era de aplicación sobre los gobernadores provinciales, y muy probablemente serían ellos especialmente los principales destinatarios. En todo caso, existiese o no una mayor o menor protección sobre los ciudadanos romanos desde la etapa republicana, es evidente que la llegada del Imperio llevará a reforzar legalmente la protección sobre los individuos dotados de estatus ciudadano, tanto frente a la fustigación como frente a una posible ejecución, siempre en el caso de que éstos hubiesen solicitado con anterioridad la *prouocatio* para que su causa fuese escuchada nuevamente en Roma.

V. Conclusiones

A tenor de lo expuesto, se puede concluir que la jurisdicción provincial romana no fue un sistema hermético ni uniforme, sino más bien un modelo de convivencia jurídica marcado por el pragmatismo y la necesidad de control territorial. Roma supo articular una dualidad administrativa donde, en el ámbito civil, la intervención

[1051] Dig. XLVIII, 6, 7.

del gobernador tendía a ser subsidiaria y respetuosa con los derechos locales, permitiendo que las comunidades mantuvieran sus propios sistemas jurídicos para resolver conflictos privados. Esta aparente autonomía, sin embargo, convivía con una jurisdicción penal mucho más contundente, donde el *imperium* del magistrado se manifestaba con toda su fuerza, especialmente cuando la estabilidad de la provincia o la autoridad de Roma se veían comprometidas.

El análisis de la estructura judicial a través de los *conuentus* revela que si bien se intentó dotar a las provincias de una red de jurisdicción y administración eficiente, la realidad práctica distaba de ser ideal. Como hemos observado en testimonios como el *Papiro Yale* o las crónicas de Cicerón y César, la acumulación de causas y la brevedad de las sesiones judiciales obligaban a una justicia a menudo expeditiva, donde la figura del gobernador actuaba más como un garante de la paz que como un juez meticuloso en el sentido moderno del término. La geografía y el calendario militar condicionaban irremediablemente la calidad de la justicia que recibían los provinciales, supeditada siempre a las giras y la disponibilidad del magistrado.

Finalmente, el estudio de la punición sobre los ciudadanos romanos en suelo provincial nos sitúa ante una de las mayores contradicciones del sistema. A pesar la protección, representada en las *leges Porciae*, la praxis histórica demuestra que la ciudadanía no fue un privilegio inexpugnable fuera de Italia. La arbitrariedad de figuras como Verres, Floro o Galba pone de manifiesto que, en la periferia del Imperio, la distancia de la metrópoli y la amplitud de la *coercitio* magistratual podían anular las garantías legales del *ciuis*. Fue precisamente esta inseguridad jurídica la que forzó la intervención imperial mediante la *lex Iulia de ui*, buscando no solo proteger al ciudadano, sino centralizar el control de la violencia legítima en manos del príncipe, limitando así la discrecionalidad de unos gobernadores que, durante siglos, habían actuado con un poder casi absoluto en sus respectivos territorios.

VI. Referencias

ALAND, B. et al. (Eds.) (2012). *Novum Testamentum Graece*. 28ª edición. Deutsche Bibelgesellschaft.

AMARELLI, F. (2005). Il conventus come forma di partecipazione alle attività giudiziarie nelle città del mondo provinciale romano. En F. AMARELLI (Ed.). *Politica e partecipazione nelle città dell'impero romano* (pp. 31-48). L'Erma di Bretschneider.

ANNÉE ÉPIGRAPHIQUE (1979). *L'Année Épigraphique: Revue des publications épigraphiques relatives à l'antiquité romaine*. N° 377. Presses Universitaires de France.

APULEYO (2012). *Apulei Metamorphoseon Libri XI*. Edición de M. Zimmerman. Oxford University Press.

ARANGIO-RUIZ, V. (1957). *Storia del diritto romano*. 7ª edición. Jovene.

BANCALARI MOLINA, A. (2004). Coexistencia o enfrentamiento entre el Derecho Romano y los Derechos locales de las provincias. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (REHJ)*, (26), 25-39.

BRYEN, A. Z. (2012). Judging Empire: Courts and Culture in Rome's Eastern Provinces. *Law and History Review (LHR)*, *30*(3), 771-811.

CAESAR, C. I. (1987). *C. Iulii Caesaris Commentarii rerum gestarum. Vol. I: Bellum Gallicum.* Edición de W. Hering. Teubner.

CASSIUS DIO (1914-1927). *Dio's Roman History*. Edición y traducción de E. Cary. Harvard University Press.

CICERÓN, M. T. (1905). *M. Tulli Ciceronis Orationes: Cum Senatui gratias egit... In Vatinium....* Edición de W. Peterson. Oxford University Press.

CICERÓN, M. T. (1905). *M. Tulli Ciceronis Orationes: Cum Senatui gratias egit... Pro C. Rabirio perduellionis reo....* Edición de W. Peterson. Oxford University Press.

CICERÓN, M. T. (1905). *M. Tulli Ciceronis Orationes: Pro Sex. Roscio; De Imperio Cn. Pompei; Pro Cluentio; In Catilinam; Pro Murena; Pro Caelio*. Edición de A. C. Clark. Oxford University Press.

CICERÓN, M. T. (1917). *M. Tulli Ciceronis Orationes: Divinatio in Q. Caecilium; In C. Verrem*. Edición de W. Peterson. Oxford University Press.

CICERÓN, M. T. (1969). *De Re Publica. Librorum sex quae manserunt*. Edición de K. Ziegler. 7ª edición. Teubner.

CICERÓN, M. T. (1999). *Letters to Atticus. Vol. III (Libros V-VIII)*. Edición y traducción de D. R. Shackleton Bailey. Harvard University Press.

CICERÓN, M. T. (2001). *Letters to Friends. Vol. I (Libros I-VI)*. Edición y traducción de D. R. Shackleton Bailey. Harvard University Press.

CICERÓN, M. T. (2002). *Letters to Quintus and Brutus*. Edición y traducción de D. R. Shackleton Bailey. Harvard University Press.

CICERÓN, M. T. (2009). *Acerca de los deberes*. Traducción de R. Bonifaz Nuño. Universidad Nacional Autónoma de México.

CROOK, J. A. (1967). *Law and Life of Rome, 90 B.C.–A.D. 212*. Cornell University Press.

CURCHIN, L. A. (1994). Juridical epigraphy and provincial administration in central Spain. En J. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ (Ed.). *Roma y las provincias: realidad administrativa e ideología imperial* (pp. 87-102). Ediciones Clásicas.

DE FRANCISCI, P. (1944). *Storia del diritto romano. Vol. II, Parte I*. Giuffrè.

GAIUS (1969). *Gai Institutionum commentarii quattuor*. Edición de E. Seckel y B. Kuebler, revisada por W. Kunkel. 8ª edición. Teubner.

GREENIDGE, A. H. J. (1911). *Roman Public Life*. Macmillan.

GRIFÒ, G. (1996). *Lezioni di storia del diritto romano*. Cacucci.

HETLAND, W. E. (1987). *M. Tulli Ciceronis, Pro C. Rabirio (perduellionis reo) oratio ad Quirites* (pp. 100-108). University of Michigan.

LANGE, L. (1862). *Ludovici Langii commentationis de legibus Porciis libertatis ciuium uindicibus particula prior*. Typis Bruehli.

LIVIUS, T. (2016). *Titi Livi Ab Urbe Condita. Tomus III: Libri XXI–XXV*. Edición de J. Briscoe. Oxford University Press.

MARSHALL, A. J. (1966). Governors on the Move. *Phoenix*, *20*(3), 231-246.

MOMMSEN, T., & KRÜGER, P. (Eds.) (1872). *Digestorum Iustiniani Augusti Libri L*. Weidmann.

MOUSOURAKIS, G. (2003). *The Historical and Institutional Context of Roman Law*. Ashgate.

PHILOSTRATUS (2005). *Life of Apollonius of Tyana. Vol. I (Libros I-IV)*. Edición y traducción de C. P. Jones. Harvard University Press.

PLINIUS CAECILIUS SECUNDUS, C. (1963). *C. Plini Caecili Secundi Epistularum libri decem*. Edición de R. A. B. Mynors. Oxford University Press.

PLUTARCHUS (1914-1926). *Lives. Vol. VII: Demosthenes and Cicero; Alexander and Caesar*. Edición y traducción de B. Perrin. Harvard University Press.

POLYBIUS (2010-2012). *The Histories*. Edición y traducción de W. R. Paton, revisada por F. W. Walbank y C. Habicht. Harvard University Press.

RICHARDSON, J. S. (2015). Roman Law in the Provinces. En D. JOHSTON (Ed.). *The Cambridge Companion to Roman Law* (pp. 45-58). Cambridge University Press.

SALLUSTIUS CRISPUS, C. (1991). *Catilina; Iugurtha; Historiarum Fragmenta Selecta; Appendix Sallustiana*. Edición de L. D. Reynolds. Oxford University Press.

SCHIAVONE, A. (Ed.) (2016). *Storia giuridica di Roma*. Giappichelli.

SUETONIUS TRANQUILLUS, C. (2016). *C. Suetoni Tranquilli De Vita Caesarum Libri VIII*. Edición de R. A. Kaster. Oxford University Press.

TALAMANCA, M. (Ed.) (1989). *Lineamenti di storia del diritto romano*. 2ª edición. Giuffrè.

TYRRELL, W. B. (1973). The trial of C. Rabirius in 63 B.C. *Latomus*, *32*(2), 285-300.

TYRRELL, W. B. (1974). The Duumviri in the Trials of Horatius, Manlius and Rabirius. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* (SZ), *91*(1), 106-125.

VALERIUS MAXIMUS (1998). *Factorum et dictorum memorabilium libri IX*. Edición de J. Briscoe. Teubner.

VARRO, M. T. (1938). *On the Latin Language*. Edición y traducción de R. G. Kent. Harvard University Press.

VELEIUS PATERCULUS (1924). *Compendium of Roman History*. Edición y traducción de F. W. Shipley. Harvard University Press.

La vinculatoriedad del *pactum* innominado y las consecuencias de su incumplimiento en el derecho romano justinianeo

Diego Quiroz Quiroz[1052]

I. Introducción

En tiempos modernos, los especialistas del derecho contractual señalan que la división de los contratos entre nominados e innominados no genera consecuencias legales respecto a la vinculatoriedad de las partes contratantes. En otras palabras, un contrato no regulado por la norma civil tiene la misma fuerza jurídica que un contrato regulado por dicha norma. Ello tiene su razón de ser: el contrato (nominado o innominado) es el acuerdo de voluntades cuyo contenido prima sobre las normas legales supletorias que regulan la materia contractual (lo cual puede ser verificado, por ejemplo, en el artículo

[1052] Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Adjunto de Docencia en Contratos, Derechos Reales y Obligaciones en la PUCP y Universidad del Pacífico. Asociado del Área Civil y Corporativo en Vega & Abogados (Perú). Actualmente, alumno del segundo año de la Maestría en Derecho Civil en la PUCP.

1353 del Código Civil peruano de 1984). Si bien la primacía de la voluntad, que permite regular cualquier clase de contrato conforme a nuestros intereses, es reflejo de las libertades de contratar y configuración contractual, protegidas constitucionalmente, lo cual implica que la división de los contratos entre nominados e innominados no tenga actualmente relevancia jurídica, los especialistas señalan que dicha división sí tenía importancia en el derecho romano —específicamente, el Justinianeo— toda vez que un contrato nominado específico contaba con su acción procesal particular para que el acreedor pueda defender sus derechos frente al incumplimiento del deudor. Por ende, en principio, un contrato innominado no contaba con dicha acción.

Frente al escenario descrito, el objeto del presente artículo es brindar mi aporte doctrinario al estudio de la regulación del *pactum* en el derecho romano justinianeo. El interrogante a resolver es si el *pactum* innominado formaba o no un vínculo jurídico que generaba consecuencias legales en caso de incumplimiento imputable al deudor. Al respecto, considero que el *pactum* innominado sí formaba un vínculo jurídico que generaba consecuencias legales en caso de incumplimiento imputable al deudor, debido a que el *pactum* se regía por los principios de buena fe y equidad. A continuación, desarrollaré el tema materia del presente artículo y sus conclusiones, a fin de constatar la hipótesis planteada.

II. Hacia una construcción conceptual del *pactum* innominado

Existen diversos conceptos en el *Corpus Iuris Civilis* que implican de antemano la noción de un acuerdo entre dos partes. Entre ellos se encuentran el *pactum* como concepto general, la convención, el contrato y la obligación. Es importante conocer el contenido de

dichos conceptos, a efectos de construir la definición de *pactum* innominado y determinar si éste generaba realmente un vínculo jurídico entre sus partes, lo cual desarrollaré en las siguientes líneas.

II. 1. Definición del pactum *como concepto general*

El Digesto contempla el *pactum* como concepto general en tres comentarios de Ulpiano. De dichos tres comentarios, dos de ellos señalan expresamente la denominación *"pactum"*, mientras también dos de ellos describen sus componentes.

En D. 2. 14. 1.pr,[1053] Ulpiano relaciona el *pactum* con la equidad y la fe humana. De esta manera, existen dos connotaciones del *pactum*. En primer lugar, derivado de la equidad, el *pactum* es un concepto que implica un equilibrio y paridad respecto de los intereses de los pactantes, quienes deben cumplirlo para no resquebrajar dicha correspondencia recíproca. En segundo lugar, derivado de la fe humana, el *pactum* es un concepto que implica la máxima expresión de la buena fe, toda vez que los pactantes confían mutuamente para alcanzar un fin común, por lo que es necesario que cumplan el *pactum* para no perjudicar su finalidad. En D. 2. 14. 1. 1 se señala expresamente la denominación *"pactum"*. Ulpiano relaciona el *pactum* con otra denominación: la "pacción". Es necesario indicar que el sustantivo "pacción" deriva del verbo "paccionar", el cual es

[1053] La presente investigación revisa el *Corpus Iuris Civilis* en base a la traducción realizada por el reconocido jurista Ildefonso García del Corral. La traducción se encuentra disponible en: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/resultados?at=garcia+del+corral. GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889–1898). *Corpus Iuris Civilis: Cuerpo del derecho civil romano a doble texto traducido al castellano del latino*. Jaime Molinas.

un verbo transitivo poco frecuente que significa "pactar".[1054] Asimismo, Ulpiano relaciona el *pactum* con la paz. De esta manera, Ulpiano refuerza la idea de equilibrio y paridad en el *pactum*, toda vez que la paz alude un tiempo de equilibro entre dos guerras, la cual se mantiene por el respeto de los derechos e intereses de las personas. En D. 2. 14. 1. 2 se señala por segunda vez la denominación *"pactum"*. Ulpiano relaciona el *pactum* con el consentimiento, la bilateralidad y el fin común. En ese sentido, el *pactum* es un acuerdo toda vez que implica una aceptación de, como mínimo, dos pactantes, con lo cual se logra una conveniencia común para lograr un fin común a través del *pactum*. En este fragmento, se señala el adjetivo "convenida", derivada de convención, por lo que se puede inferir, en principio, que *pactum* y convención son sinónimos.

Sobre la exigibilidad (vinculatoriedad) del *pactum* como concepto general, éste fue evolucionando. Miceli y Céspedes (2021) comentan que, en la etapa romana primitiva (entiéndase, que se refieren a la etapa arcaica), el *pactum*, visto como cualquier convención, no vinculaba a los pactantes, es decir, era inexigible.[1055] Si bien las autoras detallan una primera aproximación del *pactum* (inicial), no explican la manera en que un acreedor podía exigir o reclamar su patrimonio frente a un deudor, más aún cuando la buena fe y equidad son principios pilares antes y después de la época justinianea.

Asimismo, Fernández de Buján (2010) comenta que la doctrina

[1054] El *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española incluye el verbo paccionar como sinónimo del verbo pactar, aunque reconoce que paccionar es un verbo poco usado. Para mayor información, puede visitar el siguiente enlace: https://dle.rae.es/paccionar?m=form

[1055] MICELI M., & CÉSPEDES, V. (2021). *Los contratos romanos modernos de carácter real, de Roma a la actualidad. Buena fe y bona fides*. En M. ÁLVAREZ (Comp.). *Actas del VII Congreso de Principios Generales y Derecho Romano 2020* (pp. 283-299). Editorial de la Universidad de Flores.

se divide respecto a lo que el *pactum* abarcaba como contenido, reconociéndose su vinculatoriedad. Por un lado, basándose en las XII Tablas, se encuentra la posición restrictiva, la cual considera que el *pactum* era un medio de extinción y/o transacción de una controversia interpersonal. Por otro lado, se encuentra la posición amplia, la cual considera que el *pactum* tenía un sentido positivo o negativo de la convención.[1056] En línea de lo dicho por el autor, la posición restrictiva asimila el *pactum* a un medio alternativo de extinción de obligaciones (alternativo al pago), lo que derivaría de una obligación legal, si tenemos en cuenta que, en un principio, no se concebía el concepto de "contrato". Asimismo, la posición amplia asimila el *pactum* al contrato y a uno de los efectos del contrato: crear o establecer una relación jurídica entre las partes contratantes.

Por su parte, Iglesias (1950-1951) comenta que el *pactum* originario, contemplado por las XII Tablas, tenía una connotación procesal, en el sentido de que servía como medio de solución de un conflicto procesal. Incluso, dicha connotación procesal del *pactum* fue recogida por los pretores a través del *pacta conventa*, es decir, una transacción procesal a favor del acreedor, y del *pactum de non petendo*, es decir, una renuncia del acreedor que servía como excepción procesal a favor del deudor en caso de futuros reclamos del acreedor. Continuando con el comentario de Iglesias, nos señala que, posteriormente, la sociedad romana consideró *pactum* a cualquier acuerdo no formal, naciendo el *nudum pactum*, que no producía acción, pero sí excepción a favor del deudor. Adicionalmente, el autor puntualiza que, si bien la época clásica preponderaba el elemento de la causa para definir un *pactum*, ello entró a segundo plano en la época bizantina, donde prevaleció el acuerdo como manifestación

[1056] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2010). El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos. *Revista General de Derecho Romano*, (7).

de voluntad frente a la causa.[1057] Se puede inferir que, en la época bizantina, la figura del *nudum pactum* ya no tenía razón de ser toda vez que, desde aquella época, lo importante era evaluar la existencia o no de la manifestación de voluntad de los pactantes para verificar el *pactum*. Adicionalmente, es importante indicar que la posición bizantina es la recogida en el Digesto.

Finalmente, Guzmán Brito (1997) comenta que *pactum* se relaciona con la paz, por lo que se refiere a lo convenido para acabar con el conflicto que afecta la paz.[1058] El autor hace hincapié en que, en la etapa clásica, el *pactum* era todo acuerdo, sin basarse en su causa, lo cual difiere de la concepción procesal de los pretores, quienes consideraron el *pactum* como una excepción procesal.

De lo expuesto anteriormente, se puede concluir que el *pactum* como concepto general es todo acuerdo, sin importar su causa, que refleja la aceptación (voluntad) común (mínimo dos partes pactantes) de alcanzar un interés común, respetando la equidad y la buena fe. Si bien con anterioridad al *Corpus Iuris Civilis*, el *pactum* fue considerado un medio de extinción de un conflicto previo o una excepción procesal, el Digesto resalta el acuerdo y la voluntad para definir el *pactum*.

II. 2. Relación entre pactum *y* conventio

Tal como ocurre con el *pactum*, la *conventio* es otro concepto incluido en el *Corpus Iuris Civilis*. En ese sentido, es necesario determinar si *pactum* y *conventio* tienen el mismo significado o, por el contrario, cada concepto conserva características particulares.

[1057] IGLESIAS, J. (1950-1951). *Instituciones de Derecho Romano*, T. 1 y 2. Jaime Molinas.

[1058] GUZMÁN BRITO, A. (1997). *Derecho Privado Romano*, T. 1. Editorial Jurídica.

El Digesto incluye la *conventio* en dos comentarios de Ulpiano y un comentario de Paulo. De estos tres comentarios, uno de ellos señala expresamente la denominación *"conventio"*, mientras los demás comentarios utilizan el adjetivo y el verbo derivados del sustantivo *"conventio"*.

En D. 2. 14. 1. 2, al definir el *pactum*, Ulpiano asimila la *conventio* con el acuerdo. Ello se desprende como causa-efecto siempre que Ulpiano señala que el consentimiento común (causa) genera la finalidad común (consecuencia). En otras palabras, la *conventio* es acuerdo, pacto, el cual, a su vez, es aceptación común para alcanzar un interés que satisface a ambos pactantes (misma cosa convenida). En D. 2. 14. 1. 3, se define expresamente la *conventio*. Ulpiano señala que la *conventio* es un concepto general y se define como un encaminamiento común (consentimiento común) hacia un objetivo común (mismo parecer), ya sea para hacer nacer o modificar un negocio (transacción). Es muy importante resaltar que Ulpiano, basándose en lo dicho por Pedio, trata la *conventio* como un presupuesto de todo contrato u obligación porque lo trascendental es el consentimiento. De este fragmento se observa que pactum y *conventio* se definen por el consentimiento mutuo de las partes. En D. 2. 14. 2.pr, Paulo señala las formas de establecer una *conventio*. En ese sentido, menciona que la *conventio* puede realizarse de diversas formas, entre ellas, la tácita, siempre que lo trascendental es el consentimiento. De este fragmento, se observa también que *pactum* y *conventio* comparten la característica de ser el reflejo de una aceptación mutua (consentimiento).

Sobre la similitud entre el *pactum* y la *conventio*, Iglesias (1950-1951) señala que se consideraba pacto aquellas convenciones modificatorias de una obligación. Asimismo, agrega que, en la época clásica, una *conventio* sin causa significaba una *nuda conventio*, tal cual se hacía referencia al *nudum pactum*, lo cual cambia posteriormente en la época bizantina, ya que, al prevalecer la voluntad para definir el *pactum*, comienza a hacerse referencia al acuerdo y consentimiento

(convención).[1059] En ese sentido, el autor nos aclara la similitud entre *pactum* y *conventio* en el extremo de que ambos conceptos significan un acuerdo y parten de una aceptación común (consentimiento). Por su parte, Guzmán Brito (1997) señala que los juristas se valían de los términos *"pactum"* o *"conventio"* para referirse al acuerdo como consentimiento simple, sin constituir contrato. Continuando con este comentario, el autor nos menciona que *conventio* deriva del verbo *convenire*, que, a su vez, significa "reunirse", entre otras acepciones, por lo que *conventio* implica reunirse por un parecer conjunto (acuerdo). Guzmán Brito concluye señalando que la *conventio* es un acuerdo que sirve de presupuesto para el posterior reconocimiento o no de efectos legales.[1060]

De lo visto anteriormente se puede concluir que la *conventio* y el *pactum* como concepto general son sinónimos cuando se refieren a la aceptación común de las partes sobre un objeto específico para lograr un interés común, por lo que se forma un acuerdo. Es necesario resaltar que ambos conceptos son genéricos en el derecho romano justinianeo, y no implican necesariamente la formación de una relación jurídica obligatoria. El acuerdo, definición de *pactum* y *conventio*, podía tratar sobre cualquier asunto que sea de interés común para los pactantes.

II. 3. Relación entre pactum *y* contractus

Habiéndose determinado previamente que *pactum* y *conventio* son sinónimos en el marco del derecho romano justinianeo, es necesario ahora revisar cuál es la relación existente entre el *pactum* y el *contractus*. En otras palabras, es necesario determinar si el *pactum* y el

[1059] IGLESIAS, *op. cit.*

[1060] GUZMÁN BRITO, *op. cit*.

contractus son sinónimos y, por ende, *pactum*, *conventio* y *contractus* tienen igual significado, o si el *pactum* como concepto general engloba el *contractus*, visto este último como una especie de *pactum*, o si, por el contrario, el *pactum* y el *contractus* son conceptos que no tienen relación alguna. Si bien el Digesto menciona numerosas veces el *contractus*, más aún cuando se refiere a los contratos tipificados, éste relaciona introductoriamente el *contractus* con la convención, lo que, a la postre, significa que lo relaciona también con el *pactum*. En D. 2. 14. 1. 3, Ulpiano menciona que la existencia del *contractus* depende de la existencia de la convención y el consentimiento, no pudiendo validarse un *contractus* que no represente un acuerdo entre las partes. Por lo tanto, desde una primera aproximación, se puede concluir que tanto *pactum* como *contractus* parten de un mismo supuesto: la aceptación conjunta (consentimiento) para llegar o lograr un fin común (convención).

Ahora bien, sobre la evolución del *contractus*, Miceli y Céspedes (2021), siguiendo a Di Pietro, señalan que el *contractus* como concepto apareció tardíamente en Roma toda vez que el concepto primigenio fue el *pactum* o *conventio*. Asimismo, continuando con Di Pietro, señalan que *contractus* proviene del verbo *"contrahere"*, con lo cual *contractus* implicaba la sujeción de una persona a una obligación por medio de su conducta humana. Las autoras resaltan que la obligatoriedad del *contractus* encuentra su fundamento en que la ley le otorgaba una causa civil, es decir, una acción (para reclamar su cumplimiento). Como punto adicional, señalan que el *Corpus Iuris Civilis* no contempla la condición de la causa civil para definir un acuerdo como un *contractus*, por lo que todo acuerdo puede hacer nacer una parte deudora (puede obligarla).[1061] Se puede verificar, desde lo descrito por Miceli y Céspedes, dos posiciones muy marcadas. Por un lado, se tiene una posición restrictiva, anterior a la

[1061] MICELI & CÉSPEDES, op. cit.

época justinianea, la cual considera que el *contractus* es aquel acuerdo que obliga a las partes gracias a una causa civil, estableciendo una división entre *contractus* nominado, regulado en la ley y reclamado mediante una acción, y *contractus* innominado, no regulado en la ley y sin una acción de reclamo. Por otro lado, se tiene una posición amplia, nacida en la época justinianea, la cual considera que todo *contractus* concebido como acuerdo, sea nominado o innominado, sea con acción o sin acción, obliga a las partes contratantes.

Es necesario hacer una precisión antes de continuar con la presente investigación. La doctrina moderna distingue entre contrato nominado (aquel que tiene un nombre) y contrato típico (aquel que tiene una regulación legal). En ese sentido, podrían darse las siguientes combinaciones: un contrato nominado y típico, como la compraventa, o un contrato innominado típico, como el "doy para que hagas". Ello no ocurre en el *Corpus Iuris Civilis*, el cual parte de que todo *pactum* está tipificado al ser un concepto general. Por ende, el *Corpus Iuris Civilis* se centra solamente en la distinción entre *contractus* nominado y *contractus* innominado, usando indistintamente nominado o típico para referirse al *contractus* nominado.

Continuando la investigación, Torrent (2021) hace hincapié también en dos etapas evolutivas del *contractus*. En un principio, el *contractus* no era concebido como acuerdo abstracto, por lo que debía estructurarse típicamente para ser obligatorio. Posteriormente, el *contractus* amplía sus contornos, asimilándose a todo *pactum* abstracto, que podía ser nominado o innominado.[1062] En ese sentido, al igual que Miceli y Céspedes, Torrent reconoce también una concepción del *contractus* que pasó de lo restricto a lo amplio.

Por otra parte, Guzmán Brito (1997) señala que el *contractus* de la época clásica es definido como el acuerdo que hace nacer un vínculo

[1062] TORRENT, A. (2021). La noción de Contrato en Derecho Romano. *Revista Internacional de Derecho Romano*, *1*(26), 550-574.

obligatorio; no obstante, el acuerdo solo representa uno de los actos lícitos que fundan un vínculo obligatorio.[1063] Lo dicho por el autor se asemeja mucho a lo defendido por la doctrina contemporánea: que la obligación (vinculo jurídico) puede nacer de un contrato, como de otras fuentes (por ejemplo, la ley). Asimismo, siguiendo con Guzmán Brito, éste señala que el *contractus* de la época justinianea es definido como el acuerdo que hace nacer un deudor frente a un acreedor, ya sea por una obligación u otra relación jurídica.[1064] En ese extremo, encuentra también similitud lo comentado por Guzmán Brito respecto de la posición de la doctrina contemporánea: que el contrato no es solo fuente de obligaciones, sino también de otras relaciones jurídicas.

Se puede observar, entonces, desde una segunda aproximación, que el *contractus* comenzó siendo una especie de *pactum* vinculante a través de una causa civil, diferenciándose de los pactos sin causa legal. No obstante, posteriormente, específicamente en la época justinianea, el *contractus* se asimila al *pactum* y/o *conventio*, resaltándose el componente del acuerdo (manifestación de voluntad) sobre el componente de la causa. Ahora bien, el *Corpus Iuris Civilis* contempla una serie de contratos nominados, es decir, contratos con causa y acción, que son clasificados dependiendo de la forma de su constitución. Al respecto, es importante determinar si dichas clases de contratos se distancian de la definición del *pactum* y/o *conventio*.

II. 3. 1. Clasificación del contractus *nominado*

Las Instituciones incluyen un párrafo donde se establece cuatro tipos de contratos nominados. En ese sentido, en I. 3. 13 (14). 2,

[1063] GUZMÁN BRITO, *op. cit.*

[1064] *Ibidem*.

inspirado en la jurisprudencia de Gayo, se señala que el *contractus* puede nacer por la cosa, la palabra, el escrito o el consentimiento. De una primera impresión, podría considerarse que el *contractus* por consentimiento es el único sinónimo del *pactum* y/o *conventio*. No obstante, dicha posición sería un error. En las siguientes líneas, veamos en qué consiste cada especie de *contractus* nominado.

II. 3. 2. Contractus *por la cosa*

El *contractus* por la cosa también recibe el nombre de "*contractus* real". En palabras de Iglesias (1950-1951), en el *contractus* por la cosa el vínculo jurídico entre las partes se funda en la transferencia de propiedad de una cosa, buscando el contrato que, posteriormente, se devuelva dicha cosa u otra cosa de iguales características. Iglesias menciona que Gayo solo considera el mutuo como *contractus* real.[1065] De la definición expuesta, es claro que el *contractus* real también es un *pactum*, debido a que existe una aceptación común (consentimiento) de transferir una cosa para lograr la finalidad común (convención) de ser usado y luego devuelto por el deudor. Si bien el *contractus* real es un contrato unilateral, ello no descarta que sea un *pactum*. Debemos diferenciar dos planos. Desde el plano de la manifestación de voluntad, el *pactum*, la *conventio* y el *contractus* siempre son bilaterales toda vez que implican un acuerdo, es decir, una aceptación conjunta (mínimo, dos partes). Desde el plano de la formación de la obligación, el *pactum*, la *conventio* y el *contractus* pueden ser unilaterales, porque la obligación nace para una de las partes contratantes, o recíprocos, porque se fundan obligaciones para ambas partes contratantes. Por ende, el *pactum* también puede

[1065] IGLESIAS, *op. cit.*

ser unilateral si implica la formación de una sola obligación para una sola de las partes, asimilándose al *contractus* real.

II. 3. 3. Contractus *por la palabra*

El *contractus* por la palabra es uno de los contratos formales recogidos en el *Corpus Iuris Civilis*, y es conocido bajo el nombre de "*contractus* verbal". En palabras de Rodríguez Ennes (2009), el *contractus* verbal necesita el pronunciamiento de una serie de palabras para fundar la obligación a cargo del deudor.[1066] Asimismo, Guzmán Brito (1997), refiriéndose a Gayo, señala que la formación del *contractus* verbal implica la utilización de palabras solemnes y prescritas.[1067] El ejemplo por excelencia del *contractus* verbal es la *stipulatio*. De la definición expuesta, es evidente que con el *contractus* verbal ocurre lo mismo que con el *contractus* real: ambas nacen de una aceptación común para lograr una finalidad común. El *contractus* verbal implica una aceptación común en el extremo de que el acreedor pronuncia las palabras solemnes y que el deudor acepta dichas palabras solemnes para vincularse. Asimismo, el *contractus* verbal implica lograr una finalidad común toda vez que se busca la ejecución de la prestación del deudor. Por ende, el *contractus* verbal, que es unilateral en la formación de la obligación, también es un *pactum*.

[1066] RODRÍGUEZ ENNES, L. (2009). La *Obligatio* y sus fuentes. *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1(2), 90-126.

[1067] GUZMÁN BRITO, *op. cit*.

II. 3. 4. Contractus *por el escrito*

El *contractus* por el escrito es otro de los contratos formales recogidos en el *Corpus Iuris Civilis*, y es llamado también "*contractus* literal". Rodríguez Ennes (2009) menciona que el *contractus* literal necesita la formalidad documental para fundar la obligación a cargo del deudor.[1068] Guzmán Brito (1997) también reafirma la formalidad escrita del *contractus* literal para fundar el vínculo jurídico.[1069] El mayor ejemplo del contrato literal es la *transcriptio nominis*. Se puede concluir que el *contractus* literal también es un *pactum*. En primer lugar, lo es porque nace de una aceptación común: la anotación de la obligación en el documento por parte del acreedor y el reconocimiento de dicha anotación por parte del deudor (aceptación). En segundo lugar, el *contractus* literal es un *pactum* porque busca lograr una finalidad común: el cumplimiento de la deuda.

II. 3. 5. Contractus *por el consentimiento*

El *contractus* por el consentimiento también recibe el nombre de "*contractus* consensual". En palabras de Iglesias (1950-1951), en el *contractus* consensual el vínculo jurídico se forma por el solo consentimiento de las partes, sin necesidad de seguir una formalidad o entrega real. El autor acota que el *contractus* consensual se rige por la buena fe y nace a consecuencia de la expansión del comercio y en el marco del *ius gentium*.[1070] Los contratos consensuales regulados por el *Corpus Iuris Civilis* son la compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato. De la definición expuesta se pueden concluir dos

[1068] RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit*.

[1069] GUZMÁN BRITO, *op. cit*.

[1070] IGLESIAS, *op. cit.*

ideas. En primer lugar, el *contractus* consensual es sinalagmático, es decir, impone obligaciones a ambas partes. Ello se puede inferir de lo siguiente: si el *contractus* consensual no necesita de formalidades ni entregas reales, e implica la importancia de la palabra, entonces se infiere que ninguna de las partes ha ejecutado su obligación al momento de celebrar el acuerdo, momento en que solo existe el compromiso de cumplir la obligación de forma posterior. Asimismo, es claro que el *contractus* consensual es un *pactum*, debido a que existe una aceptación común de cumplir cada parte su obligación para lograr la finalidad común (convención) de satisfacerse cada parte con la obligación de su contraparte.

II. 3. 6. El pactum *como presupuesto del contractus nominado*

Se ha demostrado previamente que, si bien el *contractus* nominado se caracteriza por la rigurosidad de su tipificación, todos los tipos revisados implican un presupuesto en su formación: el acuerdo entre las partes. En el *contractus real*, existe un acuerdo previo, sino el deudor no recibiría la cosa que el acreedor intenta entregar a su favor. En el *contractus* verbal también existe acuerdo previo, de no ser así el deudor se negaría a responder la pregunta formal del acreedor. En el *contractus* literal también existe acuerdo previo, caso contrario el deudor rechazaría la anotación documentaria del acreedor. Por último, en el *contractus* consensual, existe acuerdo actual para el cumplimiento posterior de las obligaciones acordadas. En línea de lo anterior se puede concluir que ambos conceptos implican consentimiento y convención. Por otra parte, se puede concluir que ambos conceptos tienen una relación de género-especie cuando hablamos del *pactum* o *contractus* nominado, en contraposición al *pactum* o *contractus* innominado, que será revisado en las siguientes páginas.

II. 4. Relación entre pactum *y* obligatio

El *Corpus Iuris Civilis* concibe otro concepto importante frente al *pactum*: la *obligatio*. Para el derecho contractual moderno, la obligación o relación obligatoria se define como un vínculo jurídico entre sujetos contrapuestos (punto de referencia) a través de un objeto-prestación (punto de referencia), y necesita de una fuente para nacer. En ese sentido, es importante verificar en qué consiste y cómo nace la *obligatio* para el *Corpus Iuris Civilis*, a fin de conocer qué relación tienen el *pactum* y la *obligatio*.

Existen tres párrafos base en las Instituciones para entender el concepto de la *obligatio*. En I. 3. 13(14). pr, la *obligatio* se define como una relación de derecho (vínculo jurídico), lo cual genera el "constreñimiento" (la fuerza jurídica) del deudor frente al acreedor. Si bien el párrafo citado no habla de "cumplir" ni se refiere expresamente a los sujetos vinculados, ello se puede inferir. En primer lugar, el término "pagar" es sinónimo de "cumplir", ya que el pago es el medio por excelencia de cumplimiento y extinción de la obligación. En segundo lugar, el párrafo citado se refiere a la necesidad de pagar, que significa, en última instancia, el deber de pagar que tiene una persona frente a otra. En ese sentido, la definición justinianea de la *obligatio* es similar a la definición moderna de la obligación: vínculo jurídico (relación de derecho) entre sujetos (puntos de referencia) a través de un objeto-prestación (punto de referencia).

En I. 3. 13(14). 1 se introduce una primera clasificación de las fuentes de la *obligatio*. El párrafo citado señala que la *obligatio* puede nacer del *ius civile* y, por ende, de una fuente legal; o que la *obligatio* puede surgir de la *iurisdictio* del pretor (*ius honorarium*) y, por ende, de una fuente jurisprudencial. Esta clasificación es muy importante para el reconocimiento posterior del *contractus* innominado. El *ius civile* es un derecho que se aplicaba a la ciudad romana, entendida ésta como *"civitas"*, y se caracteriza por su rigurosidad y formalidad. En el *ius civile*, la *obligatio* solo puede nacer del *contractus* nominado

reconocido por la ley, por lo que la *obligatio* solo tiene fuente legal. En cambio, el *ius honorarium* es el derecho creado por el pretor, en base a su *iurisdictio* y los cambios que vivía la comunidad romana. El *ius honorarium* creó abundante derecho por motivo de la expansión romana, el intercambio comercial con ciudades no romanas y, por ende, la aplicación del *ius gentium*, que es el derecho aplicado a cualquier persona, sin importar su ciudadanía, por ser razón universal. En ese sentido la *obligatio* ya no solo puede nacer del *contractus* nominado reconocido por ley, sino también del *contractus* reconocido por el pretor. De dicha labor del pretor, nace el *pactum* innominado toda vez que el pretor tuvo que aplicar *iurisdictio* a contratos que no se ajustaban a las formas tipificadas por el *ius civile*.

En I. 3. 13(14). 2 se introduce una segunda clasificación de las fuentes de la *obligatio* que, a mi juicio, es supuesta. El párrafo citado señala que la *obligatio* puede fundarse de un contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito. Asimismo, el párrafo citado señala que la *obligatio* fundada de un contrato, puede ser real, verbal, literal o consensual. No es materia de la presente investigación desarrollar el cuasicontrato, delito o cuasidelito. Tampoco es necesario desarrollar nuevamente los tipos de contratos nominados, lo cual ya fue visto en el acápite 2. 3. 1. Sin embargo, es necesario señalar que la clasificación del párrafo citado es supuesta. El contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito estaban recogidos en la ley, por lo que el pretor solo aplicaba las disposiciones legales. Asimismo, los contratos nominados (real, verbal, literal y consensual) también estaban recogidos en la ley, por lo que no era una labor formadora del pretor. En ese sentido, la clasificación del párrafo citado solo reafirma que la *obligatio* tenía fuente legal para el *ius civile*.

Ahora bien, respecto a lo que comprende la *obligatio*, Iglesias (1950-1951) señala que la *obligatio* tiene dos componentes: el dé-

bito y la responsabilidad.[1071] El débito se refiere a la ejecución del objeto-prestación, mientras que la responsabilidad a la consecuencia de la inejecución del objeto-prestación. Complementando la idea, es importante lo comentado por Guzmán Brito (1997), quien señala que la *obligatio* implica realizar una acción en favor de otro, a fin de evitar el daño del deudor, por lo que la inejecución de la acción constreñida deriva en la ejecución del patrimonio del deudor.[1072] Se puede observar de lo comentado por Iglesias y Guzmán Brito que la indemnización (exposición del patrimonio del deudor) es un remedio reconocido en el *Corpus Iuris Civilis*.

Centrándonos en la estructura de la *obligatio*, uno de sus puntos de referencia es el objeto-prestación, que se refiere a la acción a realizarse. El *Corpus Iuris Civilis* contempla cuatro clases de prestación: *dare*, *facere*, *non facere* y *praestare*. En palabras de Iglesias, el *dare* se relaciona con la transferencia de un derecho real (propiedad u otro) del deudor al acreedor y el *facere* con la realización de una acción de forma positiva, siempre y cuando no exista de por medio transferencia de derechos reales.[1073] En palabras de Guzmán Brito, el *non facere* se relaciona con el sentido negativo de la realización de la acción y el *praestare* con la garantía de la deuda.[1074] La división de la prestación en clases es muy importante de cara a la evolución del *pactum* innominado. En primer lugar, es crucial porque todo contrato nominado o innominado contiene un dar o un hacer o un no hacer. En segundo lugar, es crucial porque dicha clasificación permitió a los pretores reconocer el vínculo jurídico de los contratos que no calzaban en las figuras contractuales tipificadas por ley.

De lo expuesto hasta el momento, se pueden inferir las siguientes

[1071] IGLESIAS, *op. cit.*

[1072] GUZMÁN BRITO, *op. cit.*

[1073] IGLESIAS, *op. cit.*

[1074] GUZMÁN BRITO, *op. cit.*

ideas: 1) todo *pactum* y/o *conventio* es un acuerdo que puede crear relaciones obligatorias u otras relaciones jurídicas; 2) el *contractus* es un *pactum* y/o *conventio* porque presupone la aceptación común para lograr un fin común; 3) el *contractus* típico es fuente de la *obligatio*; 4) toda *obligatio* consiste en un *dare*, *facere* o *non facere*; y 5) si es así, se podrá considerar *pactum* vinculante a todo *pactum* cuyo objeto sea la realización de un *dare*, *facere* o *non facere* a cargo del deudor, sea un *pactum* tipificado o no tipificado. De esta manera, encontramos la fundamentación de la vinculatoriedad del *pactum* innominado en el *Corpus Iuris Civilis*.

II. 5. Definición, evolución e importancia del pactum innominado

Conforme a lo expuesto anteriormente, podemos definir al *pactum* innominado como aquel *contractus* que hace nacer una relación obligatoria entre acreedor y deudor a través de un *dare*, *facere* o *non facere*, cuya particularidad es que no se encuentra tipificado en el *Corpus Iuris Civilis*. Si bien el *pactum* como concepto general es un acuerdo que puede abarcar no solamente relaciones obligatorias, el uso del término *"pactum innominado"* se hace en contraposición al *contractus nominado*, cuyo término recogido por el *Corpus Iuris Civilis* es simplemente *"contractus"*. Respecto a la evolución del *pactum* innominado, Rodríguez Ennes (2009) nos otorga un primer alcance, señalando que la *bona fides* es el fundamento del *contractus* consensual, el cual se caracteriza por su reciprocidad y permite superar la tipicidad de la ley, por lo que el *contractus* se vuelve un concepto genérico semejante al *pactum* y/o *conventio*.[1075] En mi opinión, resalto el comentario del autor cuando menciona

[1075] RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*

la buena fe como pilar contractual, ya que la buena fe y la equidad son la razón de ser del *pactum* como concepto general. No obstante, considero que Rodríguez no logra centrarse en el *pactum* innominado como concepto independiente frente al *contractus* consensual. Si bien ambos tipos de contratos son bilaterales y sinalagmáticos, el *contractus* consensual sigue siendo típico, ya que está recogido en el *Corpus Iuris Civilis*, por lo que el comentario no logra explicar cómo se superó la tipicidad del *contractus* consensual para dar paso al *pactum* innominado.

Siguiendo con la evolución del *pactum* innominado, Fernández de Buján (2010) nos otorga un segundo alcance. Comenta que el crecimiento del comercio entre Roma y otras ciudades generó la importancia de tutelar por parte del pretor los *pactum* del *ius gentium*, que se caracterizaban por no tener acción ni estar tipificados por el *ius civile*, existiendo una disputa entre la libertad contractual del *ius gentium* y la tipicidad del *ius civile*. Asimismo, menciona que los *pactum* del *ius gentium* generarían un nuevo orden jurídico cuyo pilar es el comercio, así como una relación jurídica entre los contratantes, nacida del principio de la *bona fides*.[1076] Comparto el comentario del autor. La expansión romana implicaba su vinculación con otras comunidades no romanas, las cuales no se regían por el *ius civile*. En ese sentido, era necesaria la *iurisdictio* del pretor, a fin de que proteja las nuevas situaciones jurídicas no contempladas en el *ius civile*. Una de dichas situaciones era el *pactum* innominado, que se basaba en la sola confianza de los contratantes y no se sujetaba a formalismos. Ello daba practicidad al comercio entre ciudades. Por ello, se protege la buena fe, como pilar fundamental de las negociaciones bajo confianza.

La importancia del *pactum* innominado se verifica en la inclusión del *contractus* consensual en el *Corpus Iuris Civilis*. Si

[1076] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*

bien las Instituciones solo mencionan cuatro tipos contractuales (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato), éstos reflejan lo que necesitaba el *ius gentium* y el tráfico comercial: la vinculación por el solo consenso, el respeto de la buena fe y la no sujeción a formalismos. No obstante, las Instituciones no abarcan toda la importancia del *pactum* innominado, ya que limitan el acuerdo por consenso a solo cuatro tipos contractuales cuando lo trascendental en un *pactum* vinculante es verificar si existe un constreñimiento y si existe un *dare*, *facere* o *non facere*. Sin perjuicio de lo anterior, el reconocimiento del *pactum* innominado fue relevante para un nuevo orden jurídico siempre que implicó también reconocer la bilateralidad y reciprocidad de los acuerdos. Recordemos que, debido al formalismo riguroso del *ius civile*, existían prácticamente contratos unilaterales, ya que la formación del vínculo jurídico recién se daba con una acción del acreedor a través de palabras, documentos o entrega de una cosa, por lo que, posteriormente al consentimiento, solo existía una obligación y estaba a cargo del deudor. Ello cambió con el reconocimiento del *pactum* innominado, debido a que el solo consentimiento de las partes generaba el vínculo jurídico. De esta manera, al formarse el acuerdo, tanto el acreedor como el deudor no ejecutaban ninguna acción, sino que lo hacían posteriormente al consentimiento, por lo que acreedor y deudor asumían sus propias prestaciones que satisfacían el interés de su contraparte.

De lo visto anteriormente, el *pactum* innominado no nació por creación de los pretores sin fundamento alguno. El *pactum* innominado movió los cimientos del *Corpus Iuris Civilis*. Hasta antes de la expansión del comercio entre Roma y ciudades no romanas, regía un formalismo riguroso en el *ius civile*, el cual concebía el *pactum* como concepto general y el *contractus* como términos diferentes. No obstante, ello cambió con la aparición de nuevos acuerdos, provenientes del *ius gentium*, que ayudaban al tráfico comercial. Ante esta situación, el pretor comenzó a tutelarlos en base al principio de buena fe. De esta manera, se amplía el concepto de *contractus*, ya que

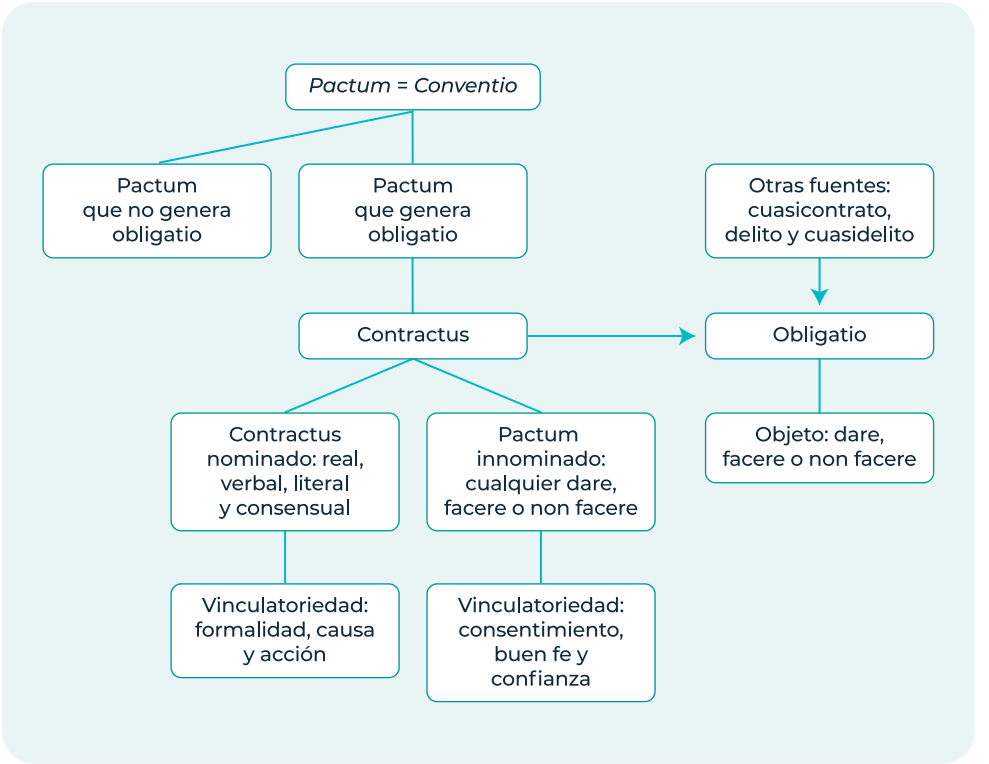
éste no solo será aquel acuerdo tipificado en la ley, sino todo acuerdo que busque establecer un vínculo obligacional, esté tipificado o no, aceptándose la fuerza obligatoria del *pactum* innominado.

II. 6. La vinculatoriedad del pactum *innominado: argumentación y esquema*

La segunda sección de la presente investigación se denomina "Hacia una construcción conceptual del *pactum* innominado". La razón de ser de dicha denominación es demostrar la vinculatoriedad del *pactum* innominado a través de la construcción de su concepto. El *pactum* como concepto general es un acuerdo que involucra una aceptación común (consentimiento) para lograr un fin común (convención). *Pactum* y *conventio* son sinónimos y se refieren al acuerdo entre partes. El *pactum* puede referirse a cualquier tipo de acuerdo. El *pactum* puede versar sobre cualquier clase de relación jurídica. Asimismo, el *pactum* puede tener la finalidad de modificar o extinguir un acuerdo previo. El *contractus* se relaciona con el *pactum* toda vez que existe de por medio una aceptación común (consentimiento) para lograr un fin común (convención). No obstante, el *ius civile* concibe restrictivamente al *contractus*, definiéndolo como el acuerdo que hace nacer un vínculo jurídico (obligación), que tiene causa y acción. Para el *ius civile* solo será *contractus* aquel acuerdo tipificado por la ley. El tratamiento del *contractus* por parte del *ius civile* generaba que dicho tipo de acuerdo solo cuente con una fuente legal. En otras palabras, mientras el acuerdo vinculante no se encontraba tipificado en la ley, no se podía hablar de *contractus*. Adicionalmente, el estudio de la *obligatio* como vínculo jurídico demuestra que el objeto-prestación no puede estar restringido a los tipos contractuales contemplados por la ley. Por el contrario, todo constreñimiento del deudor para realizar cualquier clase de *dare*, *facere* o *non facere*, también se definía como una obligación y debía ser tutelado.

El avance del comercio entre la ciudad romana y las ciudades no romanas resaltó el papel del *ius gentium*, el cual concebía que el consentimiento, la buena fe y la confianza son los pilares del *contractus*. En ese sentido, la tutela del pretor de los contratos nacidos del *ius gentium* permitió ampliar el significado del *contractus*, asimilándolo a *pactum* y/o *conventio*. Producto de ello, se puede hablar de *contractus* nominado y *pactum* innominado, siendo ambos vinculantes. En el caso del *contractus* nominado, su vinculatoriedad queda plasmada en la formalidad, causa y acción tipificadas por la ley. En el caso del *pactum* innominado, su vinculatoriedad queda plasmada en la buena fe y confianza de los contratantes. En conclusión, el *pactum* innominado es vinculante porque hace nacer un constreñimiento sinalagmático para las partes a través de un *dare*, *facere* o *non facere*, que no necesariamente tiene que estar tipificado por la ley. El *pactum* innominado es vinculante porque obliga a ambas partes (bilateralidad) a cumplir sus prestaciones en beneficio de la contraparte (reciprocidad). A continuación, se presenta un esquema de la sección 2:[1077]

[1077] Elaboración propia.



III. Hacia una construcción sistemática de las consecuencias del *pactum* innominado incumplido por el deudor

Se ha demostrado anteriormente que el *pactum* innominado es vinculante en base a la buena fe, equidad y confianza de los contratantes. No obstante, es importante determinar si dicha vinculatoriedad era efectiva o no en el *Corpus Iuris Civilis*. Es una verdad inobjetable que un derecho sin mecanismos para su tutela es un derecho vacío porque no puede ser efectivo en los hechos. Teniendo en cuenta

ello, la finalidad de la presente sección es revisar los mecanismos de tutela con los cuales contaba un acreedor frente a un deudor para hacer efectivo el *pactum* innominado, lo cual desarrollaré en las siguientes líneas.

III. 1. Principios base de la tutela del acreedor

Como se mencionó anteriormente, en D. 2. 14. 1. pr, Ulpiano establece que el *pactum* encuentra su fundamento en la equidad y la fe humana. En relación con la equidad, el *pactum* es un acuerdo equilibrado y paritario para sus pactantes. En relación con la fe humana, el *pactum* es el mayor reflejo de la buena fe al existir una confianza mutua para lograr un fin común. Del fragmento observado, se puede inferir que los principios base de la protección del acreedor frente al incumplimiento del deudor son la buena fe y la equidad.

III. 1. 1. Principio de bona fides

La *bona fides* es uno de los pilares de protección del *pactum* y, por ende, del *pactum* innominado. En palabras de Fernández de Buján (2010), la *fides* es un concepto anterior a la *bona fides*. La *fides* es un concepto de carácter subjetivo, el cual se centra en la tutela de la autonomía, la fidelidad y el cumplimiento del acuerdo. Siguiendo a Fernández de Buján, éste señala que, posteriormente, surge la *bona fides*, en el marco de la expansión comercial romana. A diferencia de la *fides*, la *bona fides* es un concepto de carácter objetivo, el cual se centra en la tutela de las costumbres comerciales y el sinalagma del acuerdo.[1078] Del comentario se deduce que la fe siempre fue un

[1078] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*

pilar trascendental en la tutela del *pactum*, la cual se transformó en buena fe para tutelar los contratos derivados del *ius gentium*, como el *pactum* innominado. Asimismo, Salazar (2015) comenta que la *fides*, concepto primario, implica la tutela de la confianza de las partes y del respeto al acuerdo. De esta manera, la *fides* prevaleció sobre la solemnidad y rigurosidad de los contratos recogidos en la ley. Continuando con Salazar, comenta que la *bona fides*, concepto posterior, implica una ampliación de la *fides* entendida como valor sagrado, en el extremo de que ahora comprende la tutela de la costumbre comercial, la bilateralidad y la confianza. En consecuencia, la *bona fides* también prevaleció sobre la tipicidad del contrato nominado.[1079] Los comentarios de Salazar van en la misma línea de los comentarios de Fernández de Buján: el reconocimiento de un principio originario denominado *"fides"* para proteger el *pactum* en el marco del *ius civile*, así como el reconocimiento del mismo principio reformulado ahora llamado *"bona fides"* para proteger el *pactum* derivado del *ius gentium* frente al *ius civile*, labor que fue encomendada a los pretores.

Por su parte, Miceli et al. (2022a) mencionan que la *fides*, concepto primario, es sinónimo de lealtad, el cual genera confianza en las personas. Por ende, la *fides* implica un accionar individual. Adicionalmente, los autores señalan que la *bona fides*, concepto posterior, es sinónimo del cumplimiento de los deberes derivados de un acuerdo. En consecuencia, la *bona fides* se sujeta al plano comercial.[1080] Finalmente, Miceli et al. (2022b) hacen hincapié en que la *bona*

[1079] 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. *Revista Internacional de Derecho Romano*, (14), 111-187.

[1080] MICELI, M., ACOSTA, P., BONJOUR, D., LEONETTI, F., & NÚÑEZ, L. (2022). Del negocio jurídico a las obligaciones: cumplimiento y buena fe (primera parte). En M. ÁLVAREZ (Comp.). *Estudio sobre principios generales y derecho romano*. *Vol. 1* (pp. 338-356). Editorial de la Universidad de Flores.

fides es el fundamento procesal para reclamar el cumplimiento debido de la prestación.[1081] Los comentarios remarcan la diferenciación entre *fides* y *bona fides*, tal cual lo hacen Fernández de Buján y Salazar. En síntesis, el principio de *bona fides* refuerza el cumplimiento del *pactum*, en el extremo de proteger la confianza del acreedor. Habiendo evolucionado posteriormente, la *bona fides* no pierde su finalidad de proteger dicha confianza, ya que el deber de cumplir la costumbre comercial deriva de la confianza de las partes en que el acuerdo será ejecutado conforme a los usos comerciales.

III. 1. 2. Principio de aequitas

La *aequitas* es el otro pilar de protección del *pactum* y, por ende, del *pactum* innominado. Robles (2013) menciona que la *aequitas* tutela el equilibrio, por lo que su finalidad es armonizar los intereses de las partes. Continuando con este autor, señala que la *aequitas* permitió una aplicación valorativa y discrecional de los pretores, en contraposición a una imposición restricta de la norma toda vez que se concebía a la *aequitas* como un mecanismo de adecuación de la ley a los cambios de vida.[1082] Del comentario se deduce que la equidad fue un principio crucial en la tutela del *pactum*, debido a que permitía aplicar la ley valorando las condiciones del *pactum*, sin sujetarse a la rigurosidad de las solemnidades. Asimismo, Miceli y Núñez (2019) mencionan que la *aequitas* implicaba la aplicación

[1081] MICELI, M., ACOSTA, P., BONJOUR, D., LEONETTI, F., & NÚÑEZ, L. (2022). Del negocio jurídico a las obligaciones: cumplimiento y buena fe (segunda parte). En M. ÁLVAREZ (Comp.). *Estudio sobre principios generales y derecho romano*. *Vol. 1* (pp. 357-373). Editorial de la Universidad de Flores.

[1082] ROBLES, L. (2013). *Aequitas* y sus relaciones con la *equity*: diferencias, similitudes e influencias. *Revista Internacional de Derecho Romano, 1*(10), 291-319.

del valor superior de la justicia a un determinado caso, existiendo la posibilidad del apartamiento de la norma positivizada en caso de que sea injusto para dicho determinado caso. Citando a Di Pietro, Miceli y Núñez mencionan que la *aequitas* fue entendida de dos maneras. Por un lado, originariamente, la *aequitas* fue sinónimo de justicia.[1083] Por otro lado, en el marco del derecho justinianeo, la *aequitas* fue sinónimo de benevolencia, concepto ligado al cristianismo. Del comentario de estas autoras se infiere la importancia de la *aequitas* para la tutela del *pactum*, toda vez que, ante un incumplimiento, es deber del magistrado buscar una solución que reconstruya el equilibrio perdido del vínculo jurídico.

Por su parte, Iglesias (1950-1951) menciona que la *aequitas* se relaciona con la adecuación de la ley a las circunstancias colectivas, lo cual implica que la ley deba circunscribirse a las singularidades de un negocio determinado para no convertirlo en inequitativo. Asimismo, agrega que, ante la insuficiencia de la ley para regular una cuestión determinada, debe intervenir la *aequitas*, con la tarea de armonizar la relación entre la ley y la vida.[1084] Lo comentado por este autor es muy importante respecto de la *aequitas* como principio protector del *pactum,* debido a que, frente a un incumplimiento, es deber del magistrado aplicar una solución que reconstruya la equivalencia del acuerdo (incluso, sobre la ley) para llegar al fin último: la justicia. En síntesis, el principio de *aequitas* fortalece la ejecución del *pactum* toda vez que busca mantener su equilibrio contra el incumplimiento del deudor. Se debe tener en cuenta que la *aequitas* es un medio para lograr el fin último en la sociedad: la justicia. Por lo tanto, frente a un *pactum* incumplido, el principio de *aequitas* exige

[1083] MICELI, M., & NÚÑEZ, L. (2019). Justicia y equidad, una relación de género y especie. En M. ÁLVAREZ (Comp.). *Actas del V Congreso de Principios Generales y Derecho Romano 2018* (283-290). Editorial de la Universidad de Flores.

[1084] IGLESIAS, *op. cit.*

que dicho acuerdo se ejecute siempre que con ello se logrará la justicia, entendida, en este caso, como el respeto de la obligatoriedad de los compromisos.

III. 2. Mecanismos de tutela del acreedor

Para el *ius civile*, la vinculatoriedad del contrato nominado se fundamentaba en su causa y acción. Por un lado, la causa se refiere a la tipificación legal del contrato nominado. Por otro, la acción se refiere a la facultad de hacer respetar judicialmente el contrato. En ese sentido, cada contrato nominado tenía su propia acción procesal, la cual permitía al acreedor hacer ejecutar el contrato incumplido. Por ejemplo, el *ius civile* contemplaba una acción para la compraventa, una acción para el arrendamiento, y así sucesivamente para todos los contratos tipificados. Sin embargo, lo mencionado anteriormente no significa de forma alguna que el *pactum* innominado se encontraba desprotegido en el *Corpus Iuris Civilis*. El acreedor de un *pactum* innominado también contaba con mecanismos de tutela, que reflejaban la vinculatoriedad del *pactum*. Se detallan dichos mecanismos en las siguientes líneas.

III. 2. 1. Restitución de la cosa: actio condictio

Existen tres fragmentos del Digesto que describen en términos sencillos en qué consiste la *actio condictio*. En D. 19. 5. 5. 1, Paulo señala que el acreedor puede reclamar la entrega de lo convenido (entiéndase, la ejecución de la prestación asumida por el deudor), o puede reclamar la devolución de la cosa entregada (entiéndase, porque la prestación del acreedor no hizo seguir la prestación del deudor). Del fragmento citado se desprende que la restitución de la cosa a cargo del deudor tiene su razón de ser en la extinción del inte-

rés del acreedor en continuar con un *pactum* incumplido. En D. 19. 5. 7. pr, Papiniano menciona expresamente el término *"condictio"*. Asimismo, relaciona la *condictio* con la falta de interés en la prestación del deudor, generándose la restitución de lo entregado por el acreedor. Del fragmento citado se observa que la *actio condictio* es una tutela a favor del acreedor cuando éste pierde su interés en seguir un contrato incumplido por el deudor, por lo que el acreedor tiene derecho a la restitución de la cosa entregada al deudor. Asimismo, las Instituciones contemplan la *actio condictio*. En el I. 4. 6. 30 se señala que el juez, siguiendo la buena fe y la equidad, puede determinar lo que debe restituirse. Del párrafo citado se constata que la *actio condictio* tiene como fundamento la *bona fides* y la *aequitas*, principios que son pilares en la vinculatoriedad del *pactum* como concepto general.

Guzmán Brito (1997) comenta que la entrega de la cosa (dación) (entiéndase, por parte de acreedor) cuenta con una causa civil toda vez que hace nacer la obligación civil del *dare ob rem*.[1085] Lo señalado por el autor es crucial, en el extremo de que se demuestra el fundamento legal de la *actio condictio*: el deudor debe devolver el bien entregado por mandato de la obligación civil del *dare ob rem*. En consecuencia, la *actio condictio* es un mecanismo de tutela del acreedor, debido a que éste puede recuperar la cosa entregada ante la falta de cumplimiento de la prestación del deudor y la extinción del interés del acreedor en seguir con el *pactum* incumplido. La *actio condictio* es un mecanismo de buena fe porque se castiga al deudor por la afectación de la confianza del acreedor. Asimismo, la *actio condictio* es un mecanismo de equidad porque la restitución busca la recuperación de la equivalencia patrimonial de las partes contratantes.

[1085] GUZMÁN BRITO, *op. cit.*

III. 2. 2. Ejecución forzada de la prestación: actio praescriptis verbis

Diversos fragmentos del Digesto describen en qué consiste la *actio praescriptis verbis*. En D. 2. 14. 7. 2, Ulpiano señala que el contrato con causa no tipificada hace nacer la obligación, por lo que el pretor debe reconocer la *actio praescriptis verbis*. Del fragmento citado se infiere que la *actio praescriptis verbis* constituye la forma de exigir al deudor el cumplimiento de su prestación, en el marco de un *pactum* innominado. La *actio praescriptis verbis* del *pactum* innominado es el equivalente a la *actio* particular de cada contrato nominado particular. La *actio praescriptis verbis* es conocida también como *"actio in factum"*. En D. 19. 5. 1. 2, Papiniano reafirma la buena fe como sustento de procedencia de la *actio in factum*, que es la otra denominación de la *actio praescriptis verbis*. Del fragmento citado se deduce que la *actio praescriptis verbis*, vista como ejecución forzada de la prestación, constituye un remedio a favor del acreedor porque protege la buena fe en el cumplimiento de los contratos. En D. 19. 5. 2. pr y D. 19. 5. 3. pr, Celso y Juliano, respectivamente, reafirman la naturaleza residual de la *actio praescriptis verbis* en comparación con la *actio* tipificada y agregan que se ejercita la *actio praescriptis verbis* para acuerdos no regulados por el *ius civile*. De los fragmentos revisados se concluye que cuando se reclama el cumplimiento de la prestación en un contrato tipificado, se recurre a la *actio* del contrato particular, mientras que cuando se reclama el cumplimiento de la prestación en un *pactum* innominado, se recurre a la *actio praescriptis verbis*.

En D. 19. 5. 5. 1, fragmento visto anteriormente, Paulo señala que el acreedor cuenta con dos opciones frente al deudor: reclamar la entrega de lo convenido o reclamar la devolución de lo entregado. Del fragmento citado se deduce que el reclamo del cumplimiento de la prestación a cargo del deudor (entrega de lo convenido) será realizado a través de la *actio praescriptis verbis*, dentro del marco del

respeto del *pactum* innominado. En D. 19. 5. 7. pr, fragmento visto también anteriormente, Papiniano relaciona la *actio praescriptis verbis* con el mantenimiento del interés en la prestación del deudor, generándose la exigencia del pago. Del fragmento citado se constata que la finalidad de la *actio praescriptis verbis* es la ejecución forzada de la prestación del deudor, dentro del marco de la tutela del *pactum* innominado. Adicionalmente, las Instituciones contemplan la *actio praescriptis verbis*. En I. 4. 6. 28 se señala que la *actio praescriptis verbis* se define como una *actio* de *bona fides*, entre otras acciones. Del párrafo citado se constata que la procedencia de la *actio praescriptis verbis* se fundamenta en la *bona fides* y la *aequitas*, principios base de la vinculatoriedad del *pactum* innominado.

Como se mencionó anteriormente, la *actio praescriptis verbis* se identifica como una *actio in factum*, la cual es una acción honoraria, creada por el pretor, en comparación con la acción civil, reconocida en el *ius civile*. Sobre la *actio in factum*, Guzmán Brito (1997) la describe como una acción que se sustenta en un supuesto de hecho no reconocido por el *ius civile*, pero apto de ser tutelado procesalmente. Siguiendo el comentario, éste señala que la *actio praescriptis verbis* tiene la finalidad de requerir la condena del deudor.[1086] Se concluye entonces que la *actio praescriptis verbis* se centra, en principio, en la ejecución forzada de la prestación asumida por el deudor toda vez que la "condena" justamente se refiere al cumplimiento del contrato por parte del deudor cuando el acreedor ya lo hizo previamente. Lo comentado por Guzmán Brito también es compartido por Iglesias (1950-1951), quien señala que la finalidad de la *actio praescriptis verbis* es la ejecución de la contraprestación, así como que dicha figura representa una *actio* general a favor del *pactum* innominado.[1087] Comparto también el comentario de Iglesias. El *pactum* innominado

[1086] GUZMÁN BRITO, *op. cit.*

[1087] IGLESIAS, *op. cit.*

tiene un alcance general, ya que no puede ser causalizado en una tipicidad concreta. En ese sentido, la *actio praescriptis verbis* debe tener un alcance general, a fin de requerir el cumplimiento del acuerdo sin tener que adecuarlo a una causa tipificada en el *ius civile*.

En línea de lo anterior, la *actio praescriptis verbis* es un mecanismo de tutela del acreedor toda vez que éste puede exigir la ejecución forzada de la prestación asumida por el deudor ante la falta de cumplimiento, lo cual refleja el mantenimiento del interés del acreedor en continuar con el *pactum* innominado. La *actio praescriptis verbis*, vista como ejecución forzada, es un mecanismo de buena fe, ya que tutela la confianza del acreedor en el cumplimiento del acuerdo. Asimismo, la *actio praescriptis verbis*, vista como ejecución forzada, es un mecanismo de equidad, ya que la ejecución de la prestación del deudor logrará la equivalencia de prestaciones, teniendo en cuenta la previa ejecución de la prestación del acreedor.

III. 2. 3. Indemnización por daños: acción accesoria

La indemnización por daños es una tutela accesoria que acompaña a la *actio praescriptis verbis*. Existen escenarios donde, a pesar de que el acreedor tiene interés en la continuación del acuerdo, la prestación del deudor ya no puede ser ejecutada, por lo que la indemnización por daños reemplaza la ejecución forzada accionada por el acreedor. La indemnización por daños se encuentra contemplada en las Instituciones. En I. 4. 6. 30 se reconoce la discrecionalidad del juez para determinar, bajo los principios de la buena fe y la equidad, el *quantum* de lo que debe ser restituido (entiéndase, al acreedor). Del párrafo revisado se concluye que si la ejecución forzada de la prestación no es posible, el acreedor tiene derecho a recibir un resarcimiento por los daños sufridos del incumplimiento (*quantum* restitutorio), teniendo en cuenta que el acreedor ya había cumplido su propia prestación.

Guzmán Brito (1997) precisa que la *actio praescriptis verbis* no

solo puede consistir en la ejecución forzada de la prestación, sino también en la condena al valor.[1088] De lo comentado se deduce que la *actio praescriptis verbis* puede contener dos pretensiones: una principal, en el extremo de solicitar la ejecución forzada de la prestación incumplida por el deudor, y una accesoria, en el extremo de solicitar el valor de la prestación incumplida (resarcimiento). Por su parte, Iglesias (1950-1951) hace hincapié en que, frente a la inejecución obligacional, se debe otorgar una condena dineraria a favor del acreedor, condena que, bajo los principios de buena fe y equidad, debe proteger el interés del acreedor a través del reconocimiento del daño emergente y el lucro cesante.[1089] Comparto el comentario de Iglesias. Si la *actio praescriptis verbis*, a través de la ejecución forzada, hace prevalecer la integridad de la prestación (cumplir lo efectivamente acordado, ni más ni menos), la indemnización debe simular dicha integridad, por lo que el reconocimiento del daño emergente y el lucro cesante es una tutela efectiva del interés dañado del acreedor.

Ahora bien, la indemnización por daños representa también una tutela accesoria que acompaña a la *actio condictio*. Recordemos que, a través de la *actio condictio*, el acreedor busca la restitución de la cosa entregada al deudor por no seguir este último el cumplimiento de su prestación. El acreedor ya no tiene interés en continuar con el acuerdo, por lo que tiene derecho a que se le devuelva lo entregado previamente. No obstante, podría ocurrir que la cosa no pueda ser devuelta, volviéndose imposible el requerimiento del acreedor. Frente a este escenario, considero que el acreedor tiene derecho a reclamar la indemnización por daños a través de la *actio condictio*. La base de esta postura se encuentra en las Instituciones, las cuales, en I. 4. 6. 30, reconocen la restitución de un *quantum* determinado, sujeta a los principios de la buena fe y la equidad. Por ende, se infiere

[1088] GUZMÁN BRITO, *op. cit.*

[1089] IGLESIAS, *op. cit.*

que, si la restitución física no es posible, el resarcimiento dinerario sí lo es.

Es necesario precisar que la indemnización por daños en el supuesto de una restitución de hacer recibe la denominación de *"actio doli"*. La *actio condictio* no es aplicable frente a una restitución de hacer. Ello tiene una razón. Cuando se entrega una cosa, es posible pedir la devolución física (mientras no se pierda), por lo que la *actio condictio* es aplicable. Sin embargo, cuando se hace una acción no es posible pedir la devolución física, ya que la acción no se deshace, por lo que la única opción es simular la restitución a través del resarcimiento del daño. El Digesto contempla la *actio doli*. En D. 19. 5. 16(17). 1, Pomponio deduce, en base a un ejemplo, que, si una parte realizó una acción para que la contraparte realice otra acción, y lo segundo no ocurrió, la *actio doli* es procedente. El comentario demuestra que, frente a la pretensión de una restitución de hacer, la indemnización a través de la *actio doli* es la única vía para compensar el interés del acreedor.

En base a lo expuesto, la indemnización por daños es un mecanismo accesorio de tutela del acreedor, sujeta a la *actio praescriptis verbis* o la *actio condictio*, debido a que resarce la afectación del interés del acreedor cuando el cumplimiento de la prestación del deudor ya no pueda ser posible. La indemnización por daños es un mecanismo de buena fe, ya que compensa la confianza afectada del acreedor. Asimismo, la indemnización por daños es un mecanismo de equidad, ya que el resarcimiento logrará la equivalencia patrimonial de las partes.

III. 3. Aplicación de los mecanismos de tutela del acreedor frente a un dare, facere *o* non facere

Hemos determinado que, dentro del marco de un *pactum* innominado, el acreedor cuenta con una serie de mecanismos de tutela para enfrentar el incumplimiento del deudor. Ahora bien, teniendo

como presupuesto al *dare*, *facere* o *non facere*, el Digesto clasifica el *pactum* innominado en cuatro posibles combinaciones. En D. 19. 5. 5. pr, Paulo enumera las siguientes combinaciones: doy para que des (*do ut des*), doy para que hagas (*do ut facias*), hago para que des (*facio ut des*), o hago para que hagas (*facio ut facias*). En línea de lo anterior se determinará qué mecanismos de tutela pueden ser aplicados por el acreedor frente al incumplimiento del deudor en el marco de cada combinación innominada señalada. Es importante señalar que las combinaciones detalladas no incluyen el *non facere*. Ello tiene una explicación: el *non facere*, en el fondo, constituye una acción (un *facere*) toda vez que el deudor se compromete a ejecutar (realizar, cumplir) un no hacer. En ese sentido, el *non facere* se encuentra absorbido por el *facere*, en el marco de las combinaciones innominadas.

Ahora bien, frente al incumplimiento del deudor de un *pactum* innominado que contiene un *do ut des*, considero que el acreedor puede aplicar las siguientes tutelas: 1) en caso de que el acreedor mantenga su interés en la continuación del contrato y la ejecución de la prestación sea posible: la ejecución forzada de la prestación a través de la *actio praescriptis verbis*; 2) en caso de que el acreedor mantenga su interés en la continuación del contrato y la ejecución de la prestación ya no sea posible: la indemnización de daños a través de la *actio praescriptis verbis*; 3) en caso de que el acreedor ya no mantenga su interés en la continuación del contrato y la devolución de la cosa entregada sea posible: la restitución de la cosa a través de la *actio condictio*; y 4) en caso el acreedor ya no mantenga su interés en la continuación del contrato y la devolución de la cosa entregada ya no sea posible: la indemnización de daños a través de la *actio condictio*.

Frente al incumplimiento del deudor de un *pactum* innominado que contiene un *do ut facias*, el acreedor puede manejarse con estas tutelas: 1) en caso de que el acreedor mantenga su interés en la continuación del contrato y la ejecución de la prestación sea posible: la ejecución forzada de la prestación a través de la *actio praescriptis*

verbis; 2) en caso de que el acreedor mantenga su interés en la continuación del contrato y la ejecución de la prestación ya no sea posible: la indemnización de daños a través de la *actio praescriptis verbis*; 3) en caso de que el acreedor ya no mantenga su interés en la continuación del contrato y la devolución de la cosa entregada sea posible: la restitución de la cosa a través de la *actio condictio*; y 4) en caso de que el acreedor ya no mantenga su interés en la continuación del contrato y la devolución de la cosa entregada ya no sea posible: la indemnización de daños a través de la *actio condictio*.

Frente al incumplimiento del deudor de un *pactum* innominado que contiene un *facio ut des*, las tutelas que tiene disponibles el acreedor son las siguientes: 1) en caso de que el acreedor mantenga su interés en la continuación del contrato y la ejecución de la prestación sea posible: la ejecución forzada de la prestación a través de la *actio praescriptis verbis*; 2) en caso de que el acreedor mantenga su interés en la continuación del contrato y la ejecución de la prestación ya no sea posible: la indemnización de daños a través de la *actio praescriptis verbis*; y 3) en caso de que el acreedor ya no mantenga su interés en la continuación del contrato: la indemnización de daños a través de la *actio doli*.

Frente al incumplimiento del deudor de un *pactum* innominado que contiene un *facio ut facias*, el acreedor puede hacer uso de las siguientes tutelas: 1) en caso de que el acreedor mantenga su interés en la continuación del contrato y la ejecución de la prestación sea posible: la ejecución forzada de la prestación a través de la *actio praescriptis verbis*; 2) en caso de que el acreedor mantenga su interés en la continuación del contrato y la ejecución de la prestación ya no sea posible: la indemnización de daños a través de la *actio praescriptis verbis*; y 3) en caso de que el acreedor ya no mantenga su interés en la continuación del contrato: la indemnización de daños a través de la *actio doli*.

Finalmente, es importante resaltar que todos los mecanismos de

tutela detallados son acciones *in personam* y *de bona fides*. Conforme a las Instituciones de Gayo, citado por Arangio–Ruiz (1945), la *actio in personam* consiste en la pretensión contra un sujeto determinado, el cual está vinculado al accionante mediante un acuerdo o delito, por lo que, como consecuencia, dicho sujeto debe ejecutar una prestación.[1090] De la cita expuesta es claro que los mecanismos de tutela revisados son acciones personales cuando el acreedor se dirige siempre contra el deudor (sujeto determinado) para exigir el cumplimiento de la prestación, o la devolución de lo entregado, o la indemnización de lo sufrido. Asimismo, el autor señala que la *bonae fidei iudicia* (acción de buena fe) consiste en la facultad del juez de decidir sobre un asunto sin estar constreñido a evaluar la formalidad del vínculo jurídico, así como la facultad del juez de decidir bajo la equidad y honestidad negocial.[1091] Es claro también que los mecanismos de tutela detallados son acciones de buena fe, debido a que permiten compensar la confianza dañada del acreedor, así como restablecer la equivalencia de patrimonios. Es también importante acotar que la *bonae fidei iudicia* tiene su fundamento en la expansión del comercio, el reconocimiento del *ius gentium* y la aparición de contratos innominados.

III. 4. La efectividad procesal del pactum *innominado: argumentación y esquema*

La tercera sección de esta investigación se denomina "Hacia una construcción sistemática de las consecuencias del *pactum* innominado incumplido por el deudor". La razón de dicha denominación es

[1090] ARANGIO RUIZ, V. (1945). *Las Acciones en el Derecho Privado Romano*. Editorial Revista de Derecho Privado.

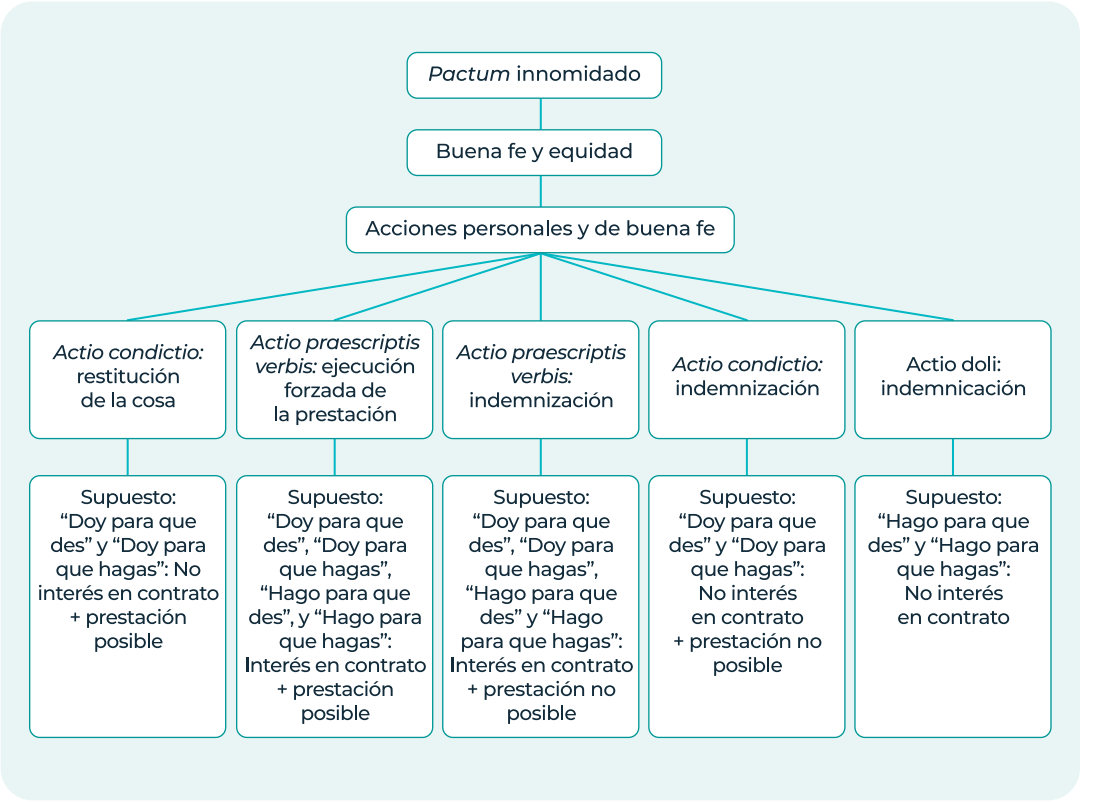
[1091] ARANGIO RUIZ, *op. cit*.

demostrar la efectividad procesal del *pactum* innominado mediante la sistematización de sus mecanismos de tutela. La buena fe y la equidad son los principios fundamentales que protegen el *pactum*, sea nominado o innominado. A través de la buena fe se protege la confianza de los contratantes. A través de la equidad se protege el equilibrio contractual. El *pactum* innominado es vinculante gracias a la buena fe y la equidad toda vez que, como consecuencia de la actividad comercial expansiva, los pretores comenzaron a aplicar el *ius gentium*, el cual privilegia la protección de la palabra (el acuerdo) sobre cualquier formalismo y solemnidad. Si el *pactum* innominado es vinculante, necesita hacer efectivo procesalmente dicha vinculación a través de acciones. Un *pactum* sin acciones sería equivalente a un derecho sin contenido constitucional protegido, convirtiéndose el *pactum* en un supuesto vínculo jurídico sin tutelas.

Un primer mecanismo de tutela, concordado con la buena fe y la equidad, es la restitución de la cosa otorgada a través de la *actio condictio*. En este supuesto, el acreedor hace efectivo procesalmente la vinculatoriedad del *pactum* cuando éste se convierte en causa para solicitar la devolución del bien otorgado, protegiendo el patrimonio del acreedor. Un segundo mecanismo de tutela, concordado con la buena fe y la equidad, es la ejecución forzada de la prestación del deudor a través de la *actio praescriptis verbis*. En este supuesto, el acreedor también hace efectivo la vinculatoriedad del *pactum*, debido a que solicita el cumplimiento de la prestación, a fin de generar el equilibrio negocial. Un tercer y último mecanismo de tutela, concordado con la buena fe y la equidad, es la indemnización de daños a través de la *actio condictio*, la *actio doli* o la *actio praescriptis verbis*. En este supuesto, el acreedor también hace efectivo la vinculatoriedad del *pactum*, debido a que éste se convierte en causa para solicitar la compensación económica por el interés dañado.

En conclusión, el *pactum* innominado genera una vinculatoriedad que es eficaz procesalmente porque otorga distintos mecanismos de tutela al acreedor para proteger su interés lesionado. La eficacia de

dicha vinculatoriedad permite armonizar el *pactum* con la buena fe y la equidad. A continuación, se presenta un esquema-síntesis de la tercera sección.[1092]



[1092] Elaboración propia.

IV. Conclusiones

Al inicio de esta investigación el interrogante a resolver era si el *pactum* innominado formaba o no un vínculo jurídico que generaba consecuencias legales en caso de incumplimiento imputable al deudor. Luego de haber abordado las materias relacionadas, concluyo que dicho *pactum* sí formaba un vínculo jurídico que generaba consecuencias legales en caso de incumplimiento imputable al deudor toda vez que se regía por los principios de buena fe y equidad. El *pactum* innominado formaba, entonces, un vínculo jurídico entre los pactantes, debido a que se define como una aceptación común (consentimiento) para lograr un fin común (convención). Si bien, en un primer momento, solo era contrato aquel acuerdo que tenía una causa (tipicidad) y, por ende, acción procesal conforme al *ius civile*, ello cambia con la expansión comercial entre la ciudad romana y las ciudades no romanas. La aplicación del *ius gentium* hizo nacer la vinculatoriedad del *pactum* innominado, derivada del principio de buena fe (confianza en los acuerdos) y del principio de equidad (equilibrio negocial). Asimismo, la vinculatoriedad del *pactum* innominado sí generaba consecuencias legales en caso de incumplimiento, debido a que el acreedor contaba con una serie de mecanismos de tutela, inspirados en la buena fe y la equidad, para hacer cumplir el *pactum* al deudor, o restablecer la equivalencia patrimonial. A través de diversas acciones, el acreedor podía solicitar la ejecución forzada de la prestación, o la restitución de lo entregado, o el resarcimiento por el interés afectado.

Finalmente, es necesario acotar que el *Corpus Iuris Civilis* contempla la buena fe y la equidad como principios reguladores de todo *pactum*, entendido como concepto general. Ello significa que, sin perjuicio de la distinción entre contratos nominados e innominados, lo importante para el *pactum* es contar con vinculatoriedad y acción procesal para defender los intereses de las partes.

V. Referencias

ARANGIO RUIZ, V. (1945). *Las Acciones en el Derecho Privado Romano*. Editorial Revista de Derecho Privado.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2010). El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos. *Revista General de Derecho Romano*, (7). https://doi.org/10.5944/rduned.7.2010.11028

IGLESIAS, J. (1950-1951). *Instituciones de Derecho Romano*, T. 1 y 2. Jaime Molinas.

GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889–1898). *Corpus Iuris Civilis: Cuerpo del derecho civil romano a doble texto traducido al castellano del latino.* Jaime Molinas. https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/resultados?at=garcia+del+corral.

GUZMÁN BRITO, A. (1997). *Derecho Privado Romano*, T. 1. Editorial Jurídica.

MICELI, M., ACOSTA, P., BONJOUR, D., LEONETTI, F., & NÚÑEZ, L. (2022). Del negocio jurídico a las obligaciones: cumplimiento y buena fe (primera parte). En M. ÁLVAREZ (Comp.). *Estudio sobre principios generales y derecho romano*. *Vol. 1* (pp. 338-356). Editorial de la Universidad de Flores.

MICELI, M., ACOSTA, P., BONJOUR, D., LEONETTI, F., & NÚÑEZ, L. (2022). Del negocio jurídico a las obligaciones: cumplimiento y buena fe (segunda parte). En M. ÁLVAREZ (Comp.). *Estudio sobre principios generales y derecho romano*. *Vol. 1* (pp. 357-373). Editorial de la Universidad de Flores.

MICELI M., & CÉSPEDES, V. (2021). *Los contratos romanos modernos de carácter real, de Roma a la actualidad. Buena fe y bona fides*. En M. ÁLVAREZ (Comp.). *Actas del VII Congreso de Principios Generales y Derecho Romano 2020* (pp. 283-299). Editorial de la Universidad de Flores.

MICELI, M., & NÚÑEZ, L. (2019). Justicia y equidad, una relación de género y especie. En M. ÁLVAREZ (Comp.). *Actas del V Congreso de Principios Generales y Derecho Romano 2018* (283-290). Editorial de la Universidad de Flores.

ROBLES, L. (2013). *Aequitas* y sus relaciones con la *equity*: diferencias, similitudes e influencias. *Revista Internacional de Derecho Romano, 1*(10), 291-319.

RODRÍGUEZ ENNES, L. (2009). La *Obligatio* y sus fuentes. *Revista Internacional de Derecho Romano*, 1(2), 90-126. https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/17922

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. *Revista Internacional de Derecho Romano*, (14), 111-187. http://www.ridrom.uclm.es/documentos14/salazar14_pub.pdf

TORRENT, A. (2021). La noción de Contrato en Derecho Romano. *Revista Internacional de Derecho Romano*, *1*(26), 550-574. https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom/article/view/18184

Daño ambiental y tutela preventiva: antecedentes romanos, jurisprudencia argentina y el nuevo paradigma de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Julieta Salomé Rodríguez[1093]

I. Introducción

El propósito de este trabajo es relevar la tutela del ambiente, recorriendo su evolución desde los antecedentes del derecho romano —con particular referencia a la *cautio damni infecti*— hasta los desarrollos más recientes del derecho argentino y regional.

Se analizarán en este trayecto los principios preventivo y precautorio del derecho ambiental y la acción preventiva del Código Civil

[1093] Contadora Pública (Universidad Católica Argentina). Abogada (UFLO Universidad). Integrante del proyecto de investigación "Una mirada romanista a las reglas y principios en el Código Civil y Comercial de la Nación. Segunda parte", dirigido por Mirta Beatriz Álvarez. Directora de la carrera de Abogacía de UFLO Universidad (Sede Buenos Aires) y docente de Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable en la misma institución.

y Comercial de la Nación Argentina (en delante, CCCN), así como la jurisprudencia argentina en casos paradigmáticos como Mendoza, Majul y el fallo de Punta Tombo, donde por primera vez se introdujo la categoría de ecocidio al integrar daño ambiental y maltrato animal.

Finalmente, se hará referencia a las propuestas normativas sobre la tipificación de delitos ambientales y el aporte de la Opinión Consultiva 32/2025 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que eleva la obligación de no causar daños irreversibles al rango de *ius cogens* y proyecta un nuevo paradigma ecocéntrico, caracterizado por la doctrina como una forma de justicia orientada a la preservación de la naturaleza y de los bienes comunes.

II. Antecedentes en el derecho romano: *cautio damni infecti*[1094]

II. 1. Antecedentes romanos del derecho ambiental

En el derecho romano se hallan antecedentes significativos de la

[1094] El contenido de este apartado está basado en los siguientes artículos: "Algunas reflexiones sobre la protección de los recursos naturales en Roma. El debate permanente entre lo público y lo privado" de Oscar D. Amaya Navas; "La protección del medio ambiente en la antigua Roma" de María José Bravo Bosch; "Algunos precedentes históricos de protección o defensa de los recursos naturales y de *salubritas* en Roma. Hacia un derecho administrativo medioambiental romano" de Salvador Ruiz Pino; "*Cautio damni infecti* y la prevención del daño: de sus orígenes romanos a la reforma del Código Civil argentino. Proyección en el derecho ambiental" de Paola Elisa Zini Haramboure; y "Algunas consideraciones en torno a la defensa popular de los recursos naturales y el medio ambiente en derecho romano y el derecho español" de Salvador Ruiz Pino.

protección jurídica de los recursos naturales, aun cuando no existía un "derecho ambiental" en sentido moderno.

La distinción entre lo público y lo privado permitió estructurar un régimen en el que si bien el uso de bienes como el agua, los bosques, el suelo o la minería recaía en los particulares, su custodia correspondía a la comunidad y a las autoridades.

El agua fue considerada *res publica*, la tala de árboles estuvo sujeta a sanciones y la explotación minera se reguló con limitaciones fiscales y jurídicas, evidenciando una temprana preocupación por su aprovechamiento racional.

En este marco, el pretor desempeñó un rol central mediante interdictos destinados a proteger ríos, cloacas, caminos o bosques, asegurando su conservación frente a usos indebidos. De este modo, aunque la tutela romana fue fragmentaria y motivada sobre todo por razones de salubridad, orden urbano y utilidad pública, sentó las bases históricas que más tarde influirían en la configuración del derecho ambiental como disciplina autónoma.

La deforestación y el aprovechamiento de los bosques, por ejemplo, fueron objeto de limitaciones específicas, tanto por motivos religiosos como productivos, en la medida en que se comprendía que la desaparición de la cubierta vegetal podía generar inundaciones y degradación del suelo.

En el caso del agua, se estableció un régimen concesional que no solo garantizaba su distribución, sino que además desplazaba fuera del núcleo urbano a actividades contaminantes como las tintorerías, anticipando criterios modernos de zonificación.

La minería y las canteras, intensamente explotadas, dieron lugar a conflictos que derivaron en disposiciones orientadas a equilibrar el interés del fisco con la protección de las comunidades locales.

Estas medidas, junto con otras de higiene urbana como la prohibición de entierros en la ciudad, muestran cómo el derecho romano integró el cuidado de la naturaleza dentro de una lógica de salubridad pública y sostenibilidad del poder político.

Puede advertirse también la existencia de un derecho administrativo ambiental embrionario, reflejado en disposiciones que protegían la *salubritas* y el uso colectivo de los recursos.

La planificación urbana incorporaba criterios vinculados al acceso al agua potable, la higiene y la seguridad, mientras que la Ley de las XII Tablas prohibía entierros e incineraciones dentro de la ciudad por razones sanitarias.[1095]

El régimen jurídico romano reguló la calidad de las aguas mediante interdictos que aseguraban la limpieza de cloacas, pozos y ríos, y sancionaba con especial severidad a quienes las corrompieran, concibiendo estas conductas como injurias contra la comunidad.

El aire fue también objeto de tutela a través de interdictos frente a lugares pestilentes y de la figura del *contaminaverit*,[1096] que aludía a emisiones nocivas.

Asimismo, se dictaron normas que protegían la flora y fauna, como las sanciones por tala ilícita de árboles o los límites a la caza en espacios públicos, inspirados en la Ley Aquilia.

Estas disposiciones, motivadas por fines utilitarios, constituyen una temprana conciencia regulatoria sobre los efectos adversos de la explotación desmedida de los bienes naturales.

Un último aspecto relevante lo constituyen la acción popular (*actio popularis*)[1097] y los interdictos populares, que habilitaban a cualquier ciudadano a defender los intereses colectivos frente a daños a los recursos naturales o a la *salubritas*.

[1095] *Lex Duodecim Tabularum, Tabula X: 1. - HOMINEM MORTUUM IN URBE NE SEPELITO NEVE URITO* (Cic., de leg., 2, 23, 58 Isid., Orig., 15, 11, 1 Serv., ad Aen., 5, 64 6, 162, 11, 206)

[1096] D. 47. 11. 1. 1.

[1097] Paulo ofrece la siguiente definición de *actio popularis*, afirmando que se denomina así la acción que ampara el derecho propio del pueblo: D. 47. 23. 1 (*Paulus*, libro octavo *ad edictum*): "*Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*".

La noción de *utilitas publica*[1098] legitimaba esta participación en la tutela de bienes como ríos, cloacas, caminos, acueductos o bosques, configurando un instrumento de control social que reforzaba la protección de lo común.

Normas como la *lex Quinctia* de *aquaeductibus*,[1099] contra las captaciones ilícitas de agua; el senadoconsulto de Pago Montano,[1100] que buscaba evitar la acumulación de basuras en espacios urbanos; o la *lex Luci Spoletini*,[1101] destinada a la defensa de bosques sagrados, muestran que el ordenamiento romano preveía mecanismos procesales para preservar bienes esenciales.

Aunque estas medidas no obedecían a una conciencia ecológica en sentido contemporáneo, sí revelan la existencia de un sistema de legitimación ciudadana y de tutela pública de la naturaleza, que constituye uno de los antecedentes más remotos en la evolución histórica del derecho ambiental.

[1098] Iglesias Redondo explica: "(…) *publicus* es el término expresivo de lo que pertenece al *populus*, a la comunidad ciudadana, a la *civitas* o estado; *privatus*, lo que pertenece al *privus*, es decir al particular, se habla verbigracia de *res publicae* y *res privatae*, de *utilitas pública* y *utilitas privada*". Ver IGLESIAS REDONDO, J. (1999). *Derecho Romano. Historia e instituciones* (p. 60). Universitas.

[1099] Establecía que cualquier ciudadano, *quivis de populo*, podría perseguir a quienes infringieran cualquier daño a los conductos o canalizaciones de los acueductos públicos o realizaran captaciones ilícitas de aguas, con penas pecuniarias de hasta 100.000 sestercios en favor del fisco.

[1100] Preveía que cualquiera, *quivis de populo,* pueda actuar en un proceso ejecutivo (de *manus iniectio* y *de pignoris capio*) contra quien arrojara basuras en lugar de enterramientos plebeyos cercano al *Esquilinus*, para evitar que se convirtiera en un basurero, con lo que ellos suponen de perturbación del aire y de peligro para la *salubritas.*

[1101] Preveía la legitimación *quivis de populo* para perseguir la ilegal utilización de un bosque sagrado, sancionada con pena pecuniaria a favor del tesoro público.

II. 2. La cautio damni infecti

Dentro del derecho romano se desarrolló una figura procesal de gran importancia para la comprensión del principio preventivo en materia de responsabilidad: la *cautio damni infecti*.[1102] Se trataba de una estipulación pretoriana por la cual un vecino debía otorgar una garantía para responder por los posibles daños que pudiera generar la ruina de su edificio o de alguna obra en su fundo.

Lo innovador de este mecanismo era su carácter anticipatorio, ya que no se dirigía a reparar un daño ya consumado, sino a prevenir un perjuicio futuro, incierto pero probable, conocido en la terminología romana como *damnum infectum*[1103] o "daño temido".

Cuando el propietario se negaba a prestar la caución, el pretor podía disponer la *missio in possessionem*,[1104] primero provisoria y luego

---

[1102] Juan Iglesias Redondo define a la *cautio damni infecti* como "la promesa estipulatoria de resarcir los daños que amenazan a una finca, sea por el mal estado de la finca contigua, sea por obras que el vecino haga en su suelo, o legítimamente —v.gr. como titular de una servidumbre— en el suelo ajeno". Ver IGLESIAS REDONDO, J. (1965). *Instituciones de Derecho Privado* (p. 286). Ariel.

[1103] Manuel García Garrido define el daño temido —*damnum infectum*— como el "daño que todavía no se ha causado pero se prevé por el mal estado de una propiedad vecina". Ver GARCÍA GARRIDO, M. (2000). *Diccionario de Jurisprudencia Romana* (p. 94). Dykinson.

[1104] La "*missio in possessionem*" es la "puesta en posesión del fundo o edificio" que el pretor concedía a una persona que temía un daño futuro, cuando el propietario del bien que amenazaba ruina se negaba a otorgar la promesa de indemnización llamada *cautio damni infecti*. Las fuentes detallan que esta medida se ejecutaba en dos etapas sucesivas:

- *Missio in possessionem ex primo decreto*: Es el primer paso, si el propietario no presta la caución en el término establecido. En esta fase, el interesado no adquiere la posesión jurídica, sino una tenencia del inmueble con el fin de poder inspeccionarlo y presionar al dueño para que finalmente cumpla con la garantía.

definitiva, que habilitaba al reclamante a tomar posesión del bien hasta garantizar su seguridad.

Este mecanismo se constituyó en una de las primeras herramientas jurídicas de carácter preventivo en Occidente, ya que ponía el acento en la necesidad de actuar antes de que el daño se materializara.

De hecho, su recepción histórica en el derecho medieval y moderno es testimonio de su trascendencia: aparece en las Siete Partidas, en diversos códigos civiles europeos (francés, italiano, español, alemán) y en la tradición latinoamericana, como en los códigos chileno y brasileño. En Argentina, aunque Vélez Sarsfield optó por excluirla en el Código Civil de 1869, reapareció en reformas posteriores y, finalmente, fue reconocida en el Código Civil y Comercial vigente a través de la figura de la acción preventiva (artículos 1710-1713).

La relación de la *cautio damni infecti* con el derecho ambiental contemporáneo resulta evidente. Tal como se verá en el próximo apartado, el principio de prevención, consagrado en el artículo 41 de la Constitución Nacional y en el artículo 4 de la Ley General del Ambiente (Ley 25.675),[1105] se inspira en la idea de evitar la concreción de daños que, por su magnitud o irreversibilidad, resultan muchas veces imposibles de reparar.

Tal como señalara la doctrina ambientalista, frente a daños de alcance colectivo, difuso y permanente, la única respuesta eficaz es anticiparse a su producción.

- *Missio in possessionem ex secundo decreto*: Si tras un año de la primera medida el obligado persiste en su negativa de prestar caución, el pretor dicta un segundo decreto. En este momento, el beneficiario se convierte en un poseedor (*possessor*) con "justa causa", lo que le permite comenzar a adquirir la propiedad del bien por el transcurso del tiempo a través de la *usucapio*.

[1105] Ley 25.675. Artículo 4: "Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir".

En este sentido, la experiencia romana constituye un antecedente histórico fundamental que conecta la tutela vecinal frente al daño temido con la protección ambiental en clave preventiva, proyectando una línea de continuidad que une el derecho clásico con los desafíos contemporáneos.

III. Daño ambiental y principio precautorio

La noción de daño ambiental constituye uno de los pilares del derecho ambiental contemporáneo en tanto articula la idea de sustentabilidad con la obligación de prevenir, recomponer y, en su caso, indemnizar los perjuicios ocasionados a la naturaleza.

No puede hablarse de desarrollo sustentable sin considerar la posibilidad de menoscabo del ambiente y la necesidad de revertirlo, dado que éste posee un valor intrínseco, más allá de su valoración desde el aspecto económico y social.

En Argentina, la reforma constitucional de 1994 introdujo en el artículo 41[1106] un cambio de paradigma al consagrar el derecho de

[1106] Constitución de la Nación Argentina. Artículo 41: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

todos los habitantes a gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, al mismo tiempo que impuso a las autoridades el deber de preservarlo en beneficio de las generaciones presentes y futuras. Ese mismo artículo estableció la obligación prioritaria de recomponer el daño ambiental, lo que implicó un quiebre respecto del modelo clásico de la responsabilidad civil, históricamente orientado a la reparación pecuniaria. Aquí la lógica se invierte: no basta con indemnizar, sino que la primera obligación es restaurar el ambiente a su estado anterior en la medida de lo posible.

La Ley General del Ambiente (25.675) reforzó esta concepción en sus artículos 27 a 33, donde se reguló de manera específica el daño ambiental de incidencia colectiva. El artículo 27 lo definió como "toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos",[1107] consolidando así su autonomía respecto del daño individual. A su vez, el artículo 28[1108] estableció que la acción de recomposición del ambiente es pública e imprescriptible, y puede ser promovida por cualquier persona afectada, el Defensor del Pue-

---

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

[1107] Ley 25.675. Artículo 27: "El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva. Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos".

[1108] Ley 25.675. Artículo 28: "El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder".

blo, asociaciones civiles y el propio Estado, lo que refleja el carácter difuso e intergeneracional del bien protegido. El artículo 29[1109] dispuso que la obligación prioritaria del responsable es recomponer el ambiente dañado, mientras que el artículo 30[1110] contempló la indemnización sustitutiva como medida subsidiaria, destinada a un Fondo de Compensación Ambiental. Finalmente, los artículos 31 a 33[1111] regularon aspectos procesales, como la competencia federal

[1109] Ley 25.675. Artículo 29: "La exención de responsabilidad solo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. La responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa".

[1110] Ley 25.675. Artículo 30: "Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo".

1111 Ley 25.675. Artículo 31: "Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable. En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se hará extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación"; Artículo 32: "La

en los casos de daños interjurisdiccionales, la posibilidad de dictar medidas cautelares y los efectos de la cosa juzgada. Este esquema normativo aportó una definición clara y un procedimiento robusto que consolidan al daño ambiental como categoría autónoma del sistema jurídico argentino.

En el plano internacional, la categoría de daño ambiental se nutre de principios que han impregnado la legislación nacional e internacional. Entre ellos se destaca el principio de prevención, que ordena actuar antes de la producción del daño cuando existen pruebas científicas claras que permiten anticipar un riesgo.

Sin embargo, dada la complejidad de los procesos ecológicos y la incertidumbre científica que los caracteriza, la comunidad internacional consagró también el principio precautorio, incorporado en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992[1112]

competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte"; Artículo 33: "Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación. La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias".

[1112] Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Principio 15: "Con

y recogido en la Ley General del Ambiente argentina.[1113] Según este principio, la falta de certeza científica no puede ser utilizada como excusa para postergar medidas cuando hay peligro de un daño grave o irreversible. Mientras la prevención se funda en la previsibilidad del riesgo, la precaución actúa frente a la incertidumbre, y por ello es considerado el núcleo duro del derecho ambiental moderno. En contextos donde los daños ambientales pueden ser irreversibles, como la pérdida de biodiversidad, la contaminación química persistente o el cambio climático, la única vía razonable es actuar de manera anticipada, aun frente a la ausencia de pruebas concluyentes.

La incorporación del principio precautorio al derecho argentino, a través de la Ley General del Ambiente, refuerza el mandato del artículo 41 de la Constitución. El legislador dispuso que la política ambiental debe atender de manera prioritaria la prevención y, en caso de duda, aplicar el criterio más favorable a la protección del ambiente. Esto convierte a la tutela ambiental en un sistema proactivo, que busca evitar la concreción del daño en lugar de limitarse a repararlo una vez ocurrido.

Asimismo, el daño ambiental presenta una tipología compleja. Se distingue, en primer lugar, entre el daño ambiental de incidencia colectiva, que afecta a bienes de uso común como el aire, el agua, los bosques o la biodiversidad, y cuyos efectos trascienden las fronteras

---

el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente".

[1113] Ley 25.675. Artículo 4 Principio precautorio: "Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente".

individuales, y el daño ambiental individual o por repercusión, que impacta en derechos particulares, como la salud, la propiedad o la actividad económica, a raíz de una degradación ambiental más amplia. Esta diferenciación es relevante no solo en el plano conceptual, sino también en el procesal, ya que fundamenta la posibilidad de promover acciones colectivas en defensa del ambiente, habilitando la intervención de asociaciones civiles, defensorías del pueblo y otros actores legitimados.

El reconocimiento del daño ambiental como categoría autónoma también se vincula con la dificultad de su prueba y la magnitud de sus efectos. A diferencia de los daños tradicionales, los ambientales suelen ser difusos, acumulativos y muchas veces irreversibles.

Contaminaciones que se producen de manera silenciosa, como la infiltración de químicos en aguas subterráneas, o procesos globales como el cambio climático, son ejemplos paradigmáticos de daños cuya detección es tardía y cuyas consecuencias trascienden la capacidad de recomposición plena. En tales casos, la aplicación del principio precautorio resulta imprescindible: si se espera a contar con certeza científica absoluta, el daño puede volverse definitivo.

IV. La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación y su integración con el derecho ambiental (artículo 41 de la Constitución Nacional, Ley General del Ambiente y Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) introdujo una transformación significativa en materia de responsabilidad civil al reconocer expresamente la función preventiva del derecho, lo que constituye un cambio de paradigma especialmente relevante en el ámbito ambiental.

Los artículos 1710 a 1713 delinean este nuevo enfoque: el artículo 1710[1114] establece un deber general de prevención del daño que obliga a toda persona a evitar causar un daño no justificado, a adoptar medidas razonables para impedirlo o reducirlo y a no agravar los daños ya existentes. El artículo 1711[1115] regula la acción preventiva propiamente dicha, que procede frente a cualquier conducta antijurídica (acción u omisión) que haga previsible la producción, continuación o agravamiento de un daño, aun sin necesidad de acreditar un factor de atribución. El artículo 1712[1116] amplía de manera notable la legitimación, pues permite iniciar la acción a toda persona que acredite un "interés razonable", habilitando con ello la participación ciudadana y las acciones colectivas en defensa de bienes de incidencia colectiva como el ambiente. Finalmente, el artículo 1713[1117] confiere al juez amplias facultades para ordenar

[1114] Artículo 1710. Deber de prevención del daño: "Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo".

[1115] Artículo 1711. Acción preventiva: "La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución".

[1116] Artículo 1712. Legitimación: "Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño".

[1117] Artículo 1713. Sentencia: "La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad".

medidas de dar, hacer o no hacer, debiendo escoger el medio más idóneo y de menor restricción posible, lo que asegura flexibilidad en la búsqueda de soluciones eficaces para la tutela ambiental.

Este esquema normativo no puede analizarse de manera aislada, sino en relación con los principios rectores consagrados en el artículo 41 de la Constitución Nacional y en los principios preventivo y precautorio de la Ley General del Ambiente, como se explicó en el apartado anterior.

La jurisprudencia argentina ha consolidado esta perspectiva con fallos paradigmáticos. En el caso "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros",[1118] relativo a la cuenca Matanza-Riachuelo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ordenó la implementación de un plan integral de saneamiento y recomposición ambiental, destacando que los jueces deben adoptar medidas urgentes, eficaces y estructurales, incluso de oficio, para asegurar la protección de los bienes colectivos. El tribunal reafirmó la legitimación amplia y la centralidad de la recomposición frente al daño ambiental, en línea con los artículos 1710 a 1713 del CCCN y con la Ley General del Ambiente. Este fallo consagró la prioridad de la acción preventiva y marcó un hito en la judicialización de los conflictos socioambientales en el país.

En la misma línea, el fallo "Majul, Julio Jesús c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros" (2019)[1119] reafirmó la vigencia del

[1118] https://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mendoza-beatriz-silvia-otros-estado-nacional-otros-danos-perjuicios-danos-derivados-contaminacion-ambiental-rio-matanza-riachuelo-fa08000047-2008-07-08/123456789-740-0008-0ots-eupmocsollaf

[1119] https://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-recurso-hecho-deducido-actora-causa-majul-julio-jesus-municipalidad-pueblo-general-belgrano-otros-accion-amparo-ambiental-fa19000084-2019-07-11/123456789-480-0009-1ots-eupmocsollaf

paradigma preventivo y precautorio, aplicado esta vez a la protección de humedales del río Gualeguaychú frente al emprendimiento inmobiliario Amarras. La CSJN revocó lo resuelto por el Superior Tribunal de Entre Ríos y subrayó la importancia de los humedales como ecosistemas estratégicos, aplicando con rigor el principio precautorio: ante el riesgo de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica no puede ser excusa para permitir la obra. Pero el fallo fue más allá al introducir de manera explícita el principio *in dubio pro natura*, que ordena que, en caso de duda, debe resolverse siempre en favor de la protección ambiental, y su derivación particular, el principio *in dubio pro aqua*, que privilegia la tutela de los recursos hídricos. Finalmente, la sentencia ordenó la recomposición del ambiente, lo que implicó desmantelar las obras realizadas, reafirmando que el interés colectivo prevalece sobre cualquier beneficio económico o urbanístico inmediato.

La acción preventiva en el CCCN, interpretada junto con los principios constitucionales y la Ley General del Ambiente, encuentra en la jurisprudencia de la CSJN, con los sucesos de Mendoza y Majul, su concreción más clara. Estos fallos muestran cómo la combinación de prevención, precaución y legitimación amplia se traduce en medidas judiciales capaces de detener actividades riesgosas, ordenar la recomposición de ecosistemas y priorizar el interés colectivo frente a los intereses particulares. De esta manera, el sistema argentino de derecho ambiental afianza un modelo en el que el juez cuenta con herramientas para actuar tempranamente y en el que, ante la duda, debe privilegiarse siempre la protección de la naturaleza y de los bienes comunes.

V. El caso La Regina – Punta Tombo: ecocidio, daño ambiental y maltrato animal

El 20 de noviembre de 2024, el Tribunal Penal de Rawson dictó

sentencia en la causa "Ministerio Público Fiscal s/ Investigación Maltrato Animal – Punta Tombo",[1120] en la que se investigaron los hechos ocurridos en 2021 en la estancia "La Perla", propiedad de Ricardo Adolfo La Regina, ubicada en las inmediaciones del Área Natural Protegida de Punta Tombo, provincia de Chubut. Esta reserva constituye uno de los mayores asentamientos de pingüinos de Magallanes (*Spheniscus magellanicus*) en el mundo y es un ecosistema de gran relevancia para la biodiversidad marina y costera.

Durante el proceso se acreditó que, mediante el uso de maquinaria pesada, el imputado abrió caminos y realizó desmontes sin autorización ni estudio de impacto ambiental en plena temporada de reproducción de los pingüinos.

Estas acciones ocasionaron la destrucción de vegetación nativa y hábitats de nidificación, afectando tanto a ejemplares adultos como a pichones y huevos. Se estimó la pérdida de más de 175 nidos y la alteración de un área de más de 2.000 metros cuadrados dentro de la colonia. Las pericias confirmaron que las consecuencias de estas actividades no solo impactaron sobre individuos animales, sino sobre el equilibrio del ecosistema en su conjunto, poniendo en riesgo la integridad de la colonia y afectando procesos ecológicos esenciales.

El tribunal encuadró los hechos en un concurso real de delitos: daño agravado (artículo 184, inciso 5, del Código Penal),[1121] en tanto se afectaron bienes de uso público y de valor científico y

[1120] https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/system/files/Documento2197.pdf

[1121] Artículo 184**:** "La pena será de tres (3) meses a cuatro (4) años de prisión, si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes: 1. Ejecutar el hecho con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones; 2. Producir infección o contagio en aves u otros animales domésticos; 3. Emplear sustancias venenosas o corrosivas; 4. Cometer el delito en despoblado y en banda; 5. Ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos,

ecológico, en concurso ideal con actos de crueldad animal (Ley 14.346, artículo, 3 inciso 7),[1122] al haberse destruido deliberadamente nidos y causado sufrimiento a animales en un contexto de especial vulnerabilidad como es la época de cría. Esta doble calificación es central porque muestra cómo el derecho penal argentino puede articular el plano ambiental colectivo con la protección de los animales como individuos, integrando dos perspectivas jurídicas que históricamente se habían tratado de manera fragmentada.

Lo más novedoso del fallo es la introducción explícita del concepto

---

monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos; o en datos, documentos, programas o sistemas informáticos públicos; 6. Ejecutarlo en sistemas informáticos destinados a la prestación de servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, de medios de transporte u otro servicio público".

[1122] Ley 14.346. Artículo 3: "Serán considerados actos de crueldad: 1. Practicar la vivisección con fines que no sean científicamente demostrables y en lugares o por personas que no estén debidamente autorizados para ello; 2. Mutilar cualquier parte del cuerpo de un animal, salvo que el acto tenga fines de mejoramiento, marcación o higiene de la respectiva especie animal o se realice por motivos de piedad; 3. Intervenir quirúrgicamente animales sin anestesia y sin poseer el título de médico o veterinario, con fines que no sean terapéuticos o de perfeccionamiento técnico operatorio, salvo el caso de urgencia debidamente comprobada; 4. Experimentar con animales de grado superior en la escala zoológica al indispensable según la naturaleza de la experiencia; 5. Abandonar a sus propios medios a los animales utilizados en experimentaciones; 6. Causar la muerte de animales grávidos cuando tal estado es patente en el animal y salvo el caso de las industrias legalmente establecidas que se fundan sobre la explotación del nonato; 7. Lastimar y arrollar animales intencionalmente, causarles torturas o sufrimientos innecesarios o matarlos por sólo espíritu de perversidad; 8. Realizar actos públicos o privados de riñas de animales, corridas de toros, novilladas y parodias, en que se mate, hiera u hostilice a los animales".

de ecocidio,[1123] utilizado por el tribunal para describir la magnitud de los hechos. Se entendió que no se trataba solo de la comisión de un delito ambiental puntual ni de actos aislados de maltrato animal, sino de una acción sistemática y grave contra un ecosistema que excede lo individual y afecta a la comunidad global.

El término ecocidio ha sido objeto de debates doctrinarios y de propuestas en el ámbito internacional para incorporarlo como crimen autónomo en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En este fallo, por primera vez en la jurisprudencia argentina, se lo invoca para caracterizar un hecho de destrucción masiva de un hábitat natural, marcando un punto de inflexión en la evolución del derecho penal ambiental.

El tribunal vinculó esta noción con los compromisos internacionales asumidos por la Argentina, tales como el Convenio sobre la Diversidad Biológica,[1124] el Acuerdo de Escazú[1125] y la Convención

[1123] Cabe aclarar que el concepto de ecocidio fue introducido por el juez Richieri en su argumentación, pero la calificación legal final del veredicto fue por "daño agravado" –tres hechos– en modalidad de delito continuado y en concurso ideal con el delito de crueldad animal. Esta distinción es fundamental, ya que el concepto de ecocidio formó parte de la reflexión y argumentación judicial, pero la condena se materializó bajo figuras penales ya tipificadas en la legislación argentina.

[1124] El Convenio sobre la Diversidad Biológica es el instrumento internacional para "la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos", que ha sido ratificado por 196 países. Su objetivo general es promover medidas que conduzcan a un futuro sostenible. La conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad. https://www.cbd.int/convention

[1125] Adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe tiene como objetivo garantizar la

sobre Especies Migratorias,[1126] además del artículo 41 de la Constitución Nacional, que consagra el derecho a un ambiente sano y la obligación prioritaria de recomponer.

De esta manera, la sentencia no solo se apoyó en la normativa interna, sino que integró un enfoque de derecho internacional ambiental y de derechos humanos, reforzando la idea de que la protección de la naturaleza es un mandato universal.

Asimismo, el fallo destacó la vigencia del principio precautorio, previsto en el artículo 4 de la Ley General del Ambiente. El uso de maquinaria pesada en un área protegida, sin estudio de impacto ambiental previo, constituye por sí mismo una infracción a este principio, que exige adoptar medidas aun en contextos de incertidumbre científica para evitar daños graves o irreversibles. El tribunal fue claro en señalar que la falta de certeza sobre la magnitud del impacto no exime de responsabilidad, sino que, por el contrario, obliga a extremar el cuidado. De este modo, la aplicación

---

implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible. https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu/texto

[1126] La convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres (CMS) es la única convención global especializada en la conservación de las especies migratorias, sus hábitats y sus rutas de migración. La CMS establece obligaciones para todos los Estados miembros de la Convención y promueve la acción concertada entre los Estados del área de distribución de muchas de las especies migratorias en peligro de extinción, animando a dichos Estados a crear ulteriores acuerdos globales o regionales. https://observatoriop10.cepal.org/es/media/421

del principio precautorio se proyecta como criterio decisivo en la resolución del caso.

Otro aspecto central es la integración del daño ambiental colectivo con el maltrato animal individual. El daño ambiental fue concebido como la afectación a un bien jurídico colectivo (el ecosistema de Punta Tombo, su flora, fauna y servicios ambientales), mientras que el maltrato animal se vinculó a la destrucción de nidos, huevos y ejemplares de pingüinos, reconocidos como sujetos pasivos de actos de crueldad en los términos de la Ley 14.346.[1127]

La conjunción de ambas figuras jurídicas permitió reflejar la complejidad del hecho: no solo se degradó un ambiente de enorme valor ecológico, sino que también se infligió sufrimiento a seres sintientes, con un impacto directo en la biodiversidad y en el bienestar animal.

En el desarrollo de su argumentación, la sentencia incorporó además principios novedosos en la jurisprudencia argentina, como el *in dubio pro natura* y su derivación específica *in dubio pro aqua*. Estos principios, cada vez más reconocidos en el ámbito latinoamericano e internacional, consolidan un enfoque judicial que privilegia la conservación por sobre la explotación económica de los ecosistemas.

La decisión final ordenó la recomposición ambiental del área afectada, lo que incluyó la obligación de restaurar la cobertura vegetal y las condiciones de nidificación, así como medidas de reparación por la pérdida de biodiversidad. El tribunal enfatizó que la recomposición es prioritaria frente a la indemnización económica, en línea con el artículo 41 de la Constitución Nacional y la Ley General del Ambiente.

El fallo La Regina – Punta Tombo se erige, por tanto, en un precedente histórico en la jurisprudencia argentina por varias razones. En primer lugar, porque reconoce y utiliza la noción de ecocidio,

[1127] El artículo 1 de la Ley 14.346 establece: "Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que infligiere malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad a los animales."

conectando la discusión nacional con los debates globales sobre la tipificación penal de la destrucción ambiental masiva. En segundo lugar, porque articula de manera innovadora las categorías de daño ambiental colectivo y maltrato animal individual, mostrando que ambos enfoques pueden y deben ser complementarios. En tercer lugar, porque reafirma la vigencia de los principios de prevención, precaución y recomposición, que estructuran el derecho ambiental moderno. Y, finalmente, porque consolida la aplicación de principios de reciente reconocimiento, como el *in dubio pro natura*, que orientan la decisión judicial hacia la preservación de la vida en todas sus formas.

La relevancia del caso trasciende el ámbito provincial o nacional, sentando las bases para pensar en una justicia ecosistémica capaz de responder a la magnitud de la crisis ambiental y climática actual. Al reconocer la gravedad de la destrucción de humedales y colonias de aves marinas, y al integrarlo con la categoría de ecocidio, la sentencia abre un camino para futuras decisiones judiciales que busquen equilibrar el desarrollo humano con el respeto a los límites ecológicos del planeta.

VI. Propuestas normativas: tipificación de delitos ambientales y del ecocidio

Como hemos visto hasta aquí, el desarrollo del derecho ambiental en Argentina ha demostrado avances significativos en los planos constitucional, administrativo y civil, especialmente en lo relativo a la prevención, la precaución y la recomposición.

Sin embargo, el derecho penal se ha mostrado rezagado frente a la magnitud de los desafíos ecológicos contemporáneos. La inexistencia de tipos autónomos que tutelen directamente al ambiente como

bien jurídico ha generado una situación de vacíos normativos que se traducen en respuestas judiciales insuficientes o inadecuadas.

En la actualidad, las conductas que causan graves daños al ambiente suelen ser encuadradas en figuras del Código Penal vinculadas a la salud pública, como el artículo 200,[1128] o en leyes específicas, como la de Residuos Peligrosos (Ley 24.051).[1129] En ambos casos, el ambiente aparece subordinado a la protección de la salud humana, lo que evidencia la persistencia de un modelo antropocéntrico. La necesidad de avanzar hacia una mirada ecocéntrica, que reconozca al ambiente como un bien autónomo, intergeneracional e irremplazable, constituye uno de los principales reclamos de la doctrina y de los proyectos legislativos más recientes.

El debate sobre la tipificación de delitos ambientales enfrenta, en primer lugar, la tensión con el principio de mínima intervención del derecho penal. Tradicionalmente concebido como *ultima ratio*, éste solo debería intervenir cuando otras ramas del derecho resultan insuficientes. No obstante, en materia ambiental esperar a que el daño se concrete equivale a aceptar su irreversibilidad, lo que justifica la creación de tipos penales que sancionen incluso la mera puesta en peligro. De allí que gran parte de las propuestas legislativas contemplen delitos de peligro, en los cuales no se exige la consumación de un daño, sino la creación de un riesgo grave para el ambiente. Este adelantamiento de la barrera de protección no está exento de dificultades, pues exige definiciones claras y técnicas para evitar normas vagas que puedan colisionar con el principio de legalidad.

[1128] Artículo 200: "Será reprimido con reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de pesos diez mil ($ 10.000) a pesos doscientos mil ($ 200.000), el que envenenare, adulterare o falsificare de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas".

[1129] https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/10000-14999/12830/norma.htm

Otro eje de discusión radica en la relación entre el derecho penal y el derecho administrativo. Se debate si los delitos ambientales deben depender de manera absoluta de la infracción administrativa (lo que los transformaría en delitos derivados de la ilegalidad administrativa), o si deben configurarse como tipos autónomos que describan conductas dañinas con independencia de aquella. Ambos extremos resultan problemáticos: la dependencia absoluta traslada el poder de tipificar delitos al poder administrador, mientras que la autonomía plena corre el riesgo de caer en descripciones imprecisas y arbitrarias. Por eso, una vía intermedia aparece como la más razonable, combinando la definición penal de conductas gravemente lesivas con la articulación de normas administrativas que permitan precisar obligaciones técnicas y procedimentales.

Otro aspecto fundamental de la discusión es la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La experiencia ha demostrado que muchas de las conductas contaminantes son ejecutadas en el marco de estructuras empresariales complejas, lo que diluye la imputación individual. La Ley 24.051 intentó abordar esta cuestión sancionando a directivos, pero la técnica legislativa resultó deficiente y fácilmente eludible.

Los proyectos más recientes, en cambio, proponen un régimen claro de responsabilidad penal de las empresas, que incluya sanciones como multas significativas, suspensión de actividades, pérdida de beneficios fiscales e incluso la disolución en los casos más graves. Junto con ello, se ha planteado también la necesidad de sancionar a funcionarios públicos que autorizan, toleran o encubren actividades dañinas, introduciendo figuras como el prevaricato ambiental, inspirado en la experiencia española.

Estas propuestas reflejan la conciencia creciente de que el daño ambiental suele estar asociado tanto a la actuación de corporaciones como a la inacción o complicidad de autoridades estatales.

Los proyectos legislativos presentados en el Congreso argentino durante la última década muestran una convergencia en torno a la

necesidad de un título específico de delitos ambientales en el Código Penal. Si bien existen diferencias técnicas (algunos proponen su incorporación al Código y otros su regulación en una ley especial), coinciden en sancionar la contaminación del aire, el agua y el suelo, la afectación de bosques nativos y humedales, la destrucción de glaciares, el tráfico ilícito de fauna y flora, así como el incumplimiento de normas ambientales por parte de empresas y funcionarios. El énfasis está puesto en tutelar de manera directa al ambiente como bien jurídico, superando la visión instrumental que lo vincula solo a la salud humana.

En este contexto, ha cobrado especial relevancia la propuesta de tipificar el ecocidio como delito autónomo. El término, acuñado en la década del 70 y revitalizado en los últimos años por movimientos sociales y juristas internacionales, alude a la destrucción masiva y sistemática de ecosistemas, con consecuencias graves, generalizadas o duraderas, capaces de poner en riesgo la supervivencia de especies y el equilibrio del planeta. A nivel internacional, se debate su incorporación al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional como quinto crimen internacional, junto al genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Un borrador de definición, elaborado en 2021 por un panel de juristas, lo describe como actos ilícitos o arbitrarios cometidos con conocimiento de que existe una probabilidad sustancial de causar daños graves, generalizados o a largo plazo al medio ambiente.[1130]

[1130] El Panel de Expertos Independientes para la Definición Jurídica del Ecocidio propuso en junio de 2021 la siguiente definición de Ecocidio para ser incorporada como enmienda en el Estatuto de Roma: Artículo 8 ter. El Ecocidio: "1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por 'ecocidio' cualquier acto ilícito o arbitrario perpetrado a sabiendas de que existe una probabilidad sustancial de que cause daños graves que sean extensos o duraderos al medioambiente; 2. A efectos del párrafo 1:

En Argentina, aunque todavía no existe una tipificación legal del ecocidio, la jurisprudencia ha comenzado a dar pasos decisivos. Tal como se analizó en el apartado anterior, el fallo sobre la matanza de pingüinos en Punta Tombo constituyó el primer antecedente en el que un tribunal argentino invocó expresamente la categoría de ecocidio para calificar la magnitud de los daños ocasionados. La sentencia utilizó la noción de ecocidio como categoría explicativa de un fenómeno que excede las tipificaciones tradicionales. Este reconocimiento judicial muestra la potencialidad del concepto para orientar reformas legislativas y marcar un cambio de paradigma en la tutela penal de la naturaleza.

La incorporación del ecocidio al derecho penal argentino enfrenta, sin embargo, importantes desafíos. Uno de los más relevantes es delimitar con claridad los elementos del tipo penal, evitando descripciones vagas que puedan generar inseguridad jurídica. Debe precisarse qué se entiende por daño grave, generalizado o a largo plazo, cómo se mide su impacto sobre los ecosistemas y qué nivel de dolo o conocimiento se exige al autor. Otro desafío radica en la

---

- Se entenderá por 'arbitrario', el acto temerario de hacer caso omiso de unos daños que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja social o económica prevista;
- Se entenderá por 'grave', el daño que cause cambios muy adversos, perturbaciones o daños notorios para cualquier elemento del medioambiente, incluidos los efectos serios para la vida humana o los recursos naturales, culturales o económicos;
- Se entenderá por 'extenso', el daño que vaya más allá de una zona geográfica limitada, rebase las fronteras estatales o afecte a la totalidad de un ecosistema o una especie o a un gran número de seres humanos;
- Se entenderá por 'duradero', el daño irreversible o que no se pueda reparar mediante su regeneración natural en un plazo razonable;
- Se entenderá por 'medioambiente', la Tierra, su biosfera, criosfera, litosfera, hidrosfera y atmósfera así como el espacio ultraterrestre".

legitimación para iniciar acciones, que debería contemplar tanto a particulares como a organizaciones ambientales y al propio Estado, garantizando una protección efectiva de los bienes colectivos. Finalmente, se discute el alcance de las sanciones: si basta con la pena privativa de libertad o si deben contemplarse también sanciones específicas como la recomposición ambiental, la inhabilitación para ejercer actividades económicas y la responsabilidad solidaria de las empresas involucradas.

El debate legislativo sobre la tipificación de delitos ambientales y del ecocidio revela también dificultades políticas e institucionales. La resistencia de sectores económicos vinculados a actividades extractivas o inmobiliarias retrasa la discusión, mientras que la falta de capacitación de jueces y fiscales en cuestiones ambientales limita la eficacia de las normas existentes. De allí que la creación de fiscalías ambientales especializadas y el fortalecimiento de la cooperación técnica entre organismos administrativos y judiciales aparezcan como requisitos indispensables para que una eventual reforma penal tenga efectos reales.

El reconocimiento del ambiente como bien jurídico autónomo, la incorporación de figuras que responsabilicen a empresas y funcionarios, y la eventual tipificación del ecocidio son pasos necesarios para consolidar un marco normativo que esté a la altura de la crisis ecológica global.

En este sentido, las propuestas normativas no deben ser concebidas únicamente como un recurso sancionatorio, sino como parte de una estrategia integral de protección que complemente la prevención, la precaución y la recomposición.

La tipificación penal de los delitos ambientales y del ecocidio no sustituye a los instrumentos administrativos o civiles, pero sí establece un umbral claro frente a conductas que, por su gravedad, deben ser consideradas intolerables por el orden jurídico. El desafío es construir un derecho penal ambiental que combine rigor técnico, legitimidad social y eficacia institucional, capaz de garantizar

la tutela del ambiente como patrimonio común de las generaciones presentes y futuras.

VII. La OC 32/2025 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: hacia un nuevo paradigma vinculante en derecho ambiental

La evolución del derecho ambiental en Argentina, que se ha visto reflejada en la progresiva incorporación de principios como la prevención, la precaución y la recomposición, en la consagración constitucional del derecho a un ambiente sano y en la jurisprudencia de la CSJN en casos paradigmáticos como Mendoza o Majul, ha alcanzado un punto de inflexión con la Opinión Consultiva 32/2025[1131] de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de mayo de 2025.

Esta decisión, titulada "Emergencia climática y derechos humanos", constituye un hito en el plano regional e internacional porque consolida un nuevo estándar de protección ambiental que trasciende las fronteras estatales y que, por su carácter vinculante en el marco del control de convencionalidad, obliga a todos los poderes judiciales nacionales, incluida la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

La Corte Interamericana sostuvo de manera categórica que los Estados tienen la obligación de no generar daños irreversibles al clima y al ambiente, y que esta obligación reviste carácter de *ius cogens*,[1132]

[1131] https://corteidh.or.cr/tablas/OC-32-2025/.

[1132] Término que ha desarrollado la doctrina iusinternacionalista para designar dentro de un sistema jurídico una norma de rango superior que excluye un acuerdo particular derogatorio. https://diccionariojuridico.org/definicion/ius-cogens/

es decir, una norma imperativa del derecho internacional de la que no pueden apartarse ni por tratados ni por decisiones soberanas.

Se trata de un reconocimiento sin precedentes, ya que ubica la protección del ambiente en el nivel más alto de la jerarquía normativa internacional, junto con la prohibición de la tortura, la esclavitud o el genocidio. De este modo, el ambiente deja de ser solo un derecho programático o dependiente de políticas públicas y se convierte en un límite absoluto para los Estados y para los actores privados que operan bajo su jurisdicción.

Este pronunciamiento dialoga directamente con los desarrollos que se analizaron en los apartados anteriores. La noción de acción preventiva en el CCCN, los principios de prevención y precaución de la Ley General del Ambiente y los fallos Mendoza y Majul encuentran en la OC 32/25 un respaldo supranacional que los consolida como ejes estructurales de un sistema de protección ambiental robusto.

La Corte Interamericana afirmó que el principio de prevención es parte del derecho internacional consuetudinario, lo que significa que obliga incluso a los Estados que no han ratificado tratados ambientales específicos. Además, reforzó el alcance del principio precautorio, exigiendo que los Estados adopten medidas aun frente a la falta de certeza científica cuando exista el riesgo de un daño grave o irreversible.

Este estándar coincide con la jurisprudencia argentina en Majul, donde se invocó el principio *in dubio pro natura* y su derivación *in dubio pro aqua*, exigiendo detener un emprendimiento inmobiliario en humedales ante la sola sospecha fundada de un riesgo ambiental.

La OC 32/25 también establece un deber de debida diligencia reforzada, que obliga a los Estados a realizar evaluaciones de impacto ambiental exhaustivas, aplicar la mejor ciencia disponible, garantizar acceso a la información, participación ciudadana y justicia ambiental, y monitorear permanentemente los riesgos climáticos.

Este mandato amplía y profundiza lo que en Argentina ya se viene exigiendo en casos como Mendoza, donde la Corte Suprema

supervisó un plan integral de saneamiento, o Punta Tombo, donde se ordenó la recomposición de un ecosistema destruido. La diferencia es que, a partir de ahora, estos deberes no son meras exigencias internas sino obligaciones internacionales de carácter imperativo.

Particular relevancia adquiere la mención que la Corte Interamericana hace a la naturaleza como sujeto de derechos, lo que refuerza la transición hacia un paradigma ecocéntrico.

La OC también destaca el impacto desproporcionado de la crisis climática sobre los grupos en situación de vulnerabilidad (pueblos indígenas, comunidades costeras, niños, mujeres y personas mayores), lo que enlaza con la perspectiva de derechos humanos que atraviesa el derecho ambiental contemporáneo. El ambiente sano ya no se concibe únicamente como un valor colectivo abstracto, sino como una condición de posibilidad para el ejercicio de otros derechos fundamentales: la vida, la salud, la vivienda, la alimentación, la cultura y el trabajo.

En el plano institucional, la CIDH recordó que sus opiniones consultivas tienen carácter vinculante en el marco del control de convencionalidad.[1133] La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo "Ministerio de Relaciones Exteriores s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D'Amico" (2017),[1134] sostuvo que los jueces argentinos deben ejercer este control no solo sobre la base de las sentencias de la Corte IDH, sino también de sus opiniones consultivas. Esto significa que la OC 32/25 debe ser aplicada por los tribunales nacionales en todos los casos donde se discutan daños

[1133] OC 32/2025 CIDH, p. 201

[1134] https://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-ministerio-relaciones-exteriores-culto-informe-sentencia-dictada-caso-fontevecchia-damico-vs-argentina-corte-interamericana-derechos-humanos-fa17000003-2017-02-14/123456789-300-0007-1ots-eupmocsollaf

ambientales o climáticos, integrándose con la Constitución y la Ley General del Ambiente.

La fuerza transformadora de este pronunciamiento radica en que articula todos los planos de protección: desde los antecedentes históricos, que muestran cómo ya en Roma se percibía la necesidad de regular el uso de los bienes naturales, hasta las disposiciones modernas del CCCN y la LGA, que introducen la acción preventiva y los principios rectores, pasando por la jurisprudencia argentina, que ha sabido aplicar estos principios en casos emblemáticos.

El nuevo paradigma que inaugura la Corte Interamericana obliga a pensar las propuestas normativas de tipificación de delitos ambientales y de ecocidio no como iniciativas aisladas o de política criminal interna, sino como parte de un marco internacional de obligaciones ineludibles.

En conclusión, la OC 32/2025 representa un punto de llegada y, al mismo tiempo, un punto de partida. Un punto de llegada porque consolida a nivel internacional los avances que en Argentina se han dado en torno a la prevención, la precaución, la recomposición y la acción judicial en defensa del ambiente. Y un punto de partida porque abre un nuevo horizonte de exigencias, al elevar la protección ambiental al rango de *ius cogens*, reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos y establecer obligaciones estatales de debida diligencia reforzada frente a la emergencia climática.

Este nuevo paradigma, de carácter vinculante, obliga a jueces, legisladores y autoridades administrativas a repensar sus decisiones bajo el prisma del control de convencionalidad, orientado por los estándares más exigentes de tutela ambiental. El desafío, en adelante, es que estos principios se traduzcan en acciones concretas que aseguren no solo la preservación del ambiente, sino también la vigencia plena de los derechos humanos de las generaciones presentes y futuras.

VIII. Conclusiones

El recorrido realizado permite advertir que la protección jurídica del ambiente no es una construcción reciente, sino el resultado de un proceso histórico que se remonta a los antecedentes del derecho romano. Allí, figuras como la *cautio damni infecti*, las disposiciones sobre salubridad urbana y las acciones populares anticipaban la necesidad de actuar antes de la consumación del daño, mostrando una temprana sensibilidad frente a los efectos de la explotación desmedida de los bienes naturales.

Esa línea de continuidad encuentra en el derecho argentino un desarrollo propio, especialmente a partir de la reforma constitucional de 1994, que consagró en el artículo 41 el derecho a un ambiente sano y el deber prioritario de recomposición, consolidado luego en la Ley General del Ambiente y en la acción preventiva regulada por el CCCN.

En el plano jurisprudencial, la CSJN ha afirmado de manera creciente este paradigma. El caso Mendoza inauguró la exigencia de planes integrales de recomposición y el control judicial estructural en defensa de bienes colectivos. El fallo Majul reforzó la operatividad del principio precautorio e introdujo de manera expresa la estándar *in dubio pro natura*, proyectado también en su versión específica *in dubio pro aqua*. Más recientemente, el caso La Regina – Punta Tombo significó un antes y un después por integrar daño ambiental y maltrato animal e invocar por primera vez en la jurisprudencia argentina la categoría de ecocidio, vinculando la destrucción masiva de un ecosistema con la necesidad de avanzar en la tipificación de delitos ambientales.

Este camino se proyecta ahora hacia un nuevo horizonte con la Opinión Consultiva 32/2025 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que elevó la obligación de no causar daños irreversibles al ambiente al rango de *ius cogens*, reconoció a la naturaleza como sujeto de derechos y estableció deberes de debida diligencia

reforzada en materia climática. Este pronunciamiento, que debe ser aplicado en Argentina en virtud del control de convencionalidad, marca un punto de inflexión al consolidar un paradigma ecocéntrico que excede las fronteras nacionales y se inscribe en el derecho internacional de los derechos humanos.

El desafío hacia el futuro es traducir este entramado normativo, jurisprudencial e internacional en acciones efectivas que aseguren la preservación de los ecosistemas y la vigencia de los derechos de las generaciones presentes y futuras. Ello exige profundizar la prevención y la precaución, fortalecer la recomposición, avanzar en la tipificación de delitos ambientales (incluido el ecocidio) y consolidar la responsabilidad de empresas y funcionarios. Solo así el derecho podrá responder a la magnitud de la crisis ambiental y climática, garantizando la tutela de la naturaleza como patrimonio común de la humanidad y condición de posibilidad para el pleno goce de los derechos humanos.

IX. Referencias

ALLENDE RUBINO, H. (2016, 8 de agosto). La acción de prevención en el Código Civil y Comercial. Su relación con el principio de precaución en el derecho ambiental. *Microjuris*. https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/09/27/la-accion-de-prevencion-en-el-codigo-civil-y-comercial-su-relacion-con-el-principio-de-precaucion-en-el-derecho-ambiental/

AMAYA NAVAS, O. D. (2017). *Algunas reflexiones sobre la protección de los recursos naturales en Roma. El debate entre lo público y lo privado*. Universidad Externado de Colombia, https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/2314

BRAVO BOSCH, M. J. (2014). *La protección del medio ambiente en la Antigua Roma*. *Index: Quaderni camerti di studi romanistici*, *4*(12), 490-514. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4922026

CHERUSE, F. *El origen del control de convencionalidad en materia ambiental en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Revista Derecho Ambiental La Ley, (80). TR LALEY AR/DOC/2788/2024.

DI PAOLA, M. E, & WALSH, J. R. (2000). *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*. La Ley.

DI PAOLA, M. E. (2018, 23 de noviembre). El Derecho Humano al Ambiente y la Agenda 2030. *La Ley-FARN*, *Suplemento Derecho Ambiental*. https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/Sup-Derecho-Ambiental_2018-11_La-opinion-consultiva-23-17.pdf

FERNÁNDEZ, C. (2021). Justicia pro aqua y por los humedales libres. *Revista Derecho Ambiental La Ley*, (68). TR LALEY AR/DOC/3254/2021.

GARCÍA GARRIDO, M. (2000). *Diccionario de Jurisprudencia Romana*. Dykinson.

IGLESIAS REDONDO, J. (1999). *Derecho Romano. Historia e instituciones*. Universitas.

IGLESIAS REDONDO, J. (1965). *Instituciones de Derecho Privado*. Ariel.

PASSERINI, B. (2024). Protección del ambiente en el derecho internacional penal. Oportunidades y desafíos frente a la propuesta de

inclusión del delito ambiental en el Estatuto de Roma. *Revista Derecho Ambiental La Ley*, (80). TR LALEY AR/DOC/2788/2024.

PORCELLI, A. M., & MARTÍNEZ, A. N. Un enfoque ecosistémico del Derecho Ambiental argentino en la Corte Suprema de la Nación. *Revista Especializada en Investigación Jurídica*, (12), 1-26. https://doi.org/10.20983/reij.2023.1.1

RUIZ PINO, S. (2017). Algunos precedentes históricos de protección o defensa de los recursos naturales y *de salubritas* en Roma. Hacia un derecho administrativo medioambiental romano. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (17), 91-109. https://doi.org/10.18601/21452946.n17.07.

RUIZ PINO, S. (2023). Algunas consideraciones en torno a la defensa popular de los recursos naturales y el medio ambiente en derecho romano y el derecho español. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (30), 273-311. https://www.redalyc.org/journal/5038/503876066012/html/

TÉVEZ, A., & BERMEJO, P. (2024). Prevención y recomposición del daño ambiental en materia comercial. Preeminencia de lo social por sobre la relación entre particulares. *La Ley*, (42787). TR LALEY AR/DOC/2691/2024

VV. AA. (2021, junio). Comentario acerca de la definición. *Stop Ecocidio Internacional.* https://es.stopecocide.earth/legal-definition

ZINI HARAMBOURE, P. E. (2012). *Cautio damni infecti* y la prevención del daño de sus orígenes romanos a la reforma del Código Civil argentino. Proyección en el derecho ambiental. *Anales de la*

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, *9*(42), 336-352. https://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/27036

Normativa

Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo. https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm

Constitución de la Nación Argentina. https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm

Ley General del Ambiente 25.675. https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm

Código Civil y Comercial de la Nación. https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#23

Código Penal de la Nación Argentina. https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#21

Ley 14.346 Maltrato Animal. https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-14346-153011/texto

Ley 24.051 Residuos Peligrosos. https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/10000-14999/12830/norma.htm

Opinión Consultiva 32/2025 Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://corteidh.or.cr/tablas/OC-32-2025/

Fallos

CSJN. Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros. https://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mendoza-beatriz-silvia-otros-estado-nacional-otros-danos-perjuicios-danos-derivados-contaminacion-ambiental-rio-matanza-riachuelo-fa08000047-2008-07-08/123456789-740-0008-0ots-eupmocsollaf

CSJN. Jesús Luis. Majul, Julio Jesús c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros. https://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-recurso-hecho-deducido-actora-causa-majul-julio-jesus-municipalidad-pueblo-general-belgrano-otros-accion-amparo-ambiental-fa19000084-2019-07-11/123456789-480-0009-1ots-eupmocsollaf

CSJN. Ministerio de Relaciones Exteriores s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D'Amico. https://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-ministerio-relaciones-exteriores-culto-informe-sentencia-dictada-caso-fontevecchia-damico-vs-argentina-corte-interamericana-derechos-humanos-fa17000003-2017-02-14/123456789-300-0007-1ots-eupmocsollaf

Tribunal Penal de Rawson. Ministerio Público Fiscal s/ Investigación Maltrato Animal – Punta Tombo. https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/system/files/Documento2197.pdf

¿Existen límites al derecho al honor de los funcionarios públicos en el derecho romano justinianeo?

Aldo Santome Sánchez[1135]

Resumen

El presente artículo tuvo como objetivo analizar la existencia del derecho al honor en el derecho romano justinianeo, así como la posible protección reforzada de este atributo respecto de los funcionarios públicos durante dicho período. En ese sentido, se partió de la hipótesis de que, aunque el *Corpus Iuris Civilis* no define expresamente el honor como bien jurídicamente tutelable, sí reconoce su protección a través de la evolución progresiva del concepto de injuria, la cual adquiría una mayor relevancia en el caso de las expresiones contra funcionarios públicos.

[1135] Profesor del área de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Tal y como se revisó, la injuria era una acción que se vinculaba a afectaciones físicas o patrimoniales. Sin embargo, a través de la labor de los pretores, su alcance se amplió progresivamente hacia bienes inmateriales, incluyendo el honor individual. Y es que, según se pudo constatar, durante el Imperio se comenzaron a sancionar también diversas ofensas realizadas a través de palabras o escritos. Considerando lo anterior y, a partir del análisis de diversos pasajes del Digesto, se definió al honor como una situación jurídica subjetiva vinculada a la verdad individual de la persona, cuya protección se activaba frente a injurias que lesionaban la reputación de la persona a través de ataques o de atribuciones falsas.

Dicha protección adquiría un matiz especial cuando las injurias contra el honor estaban dirigidas hacia funcionarios públicos. Ello debido a que se contemplaba que, para determinar la reparación por injuria, el derecho romano consideraba el grado de dignidad y honradez del ofendido, criterio que podía implicar una protección más intensa para quienes desempeñaban cargos públicos. Y es que, según lo analizado, las acusaciones falsas sobre el ejercicio de funciones públicas o expresiones vejatorias contra funcionarios no solo afectaban su reputación personal, sino indirectamente la autoridad imperial que los investía. Considerando dicho contexto, se puede sostenerse que los funcionarios públicos gozaban de una tutela reforzada de su honor dentro del derecho romano justinianeo.

Palabras clave: derecho al honor; función pública; injuria

I. Introducción

Es bien sabido que los ordenamientos jurídicos han cambiado a lo largo de su desarrollo. En ese sentido, se puede apreciar que, incluso, el derecho civil contemporáneo ha cambiado mucho en los

últimos doscientos años. Un ejemplo claro de ello se puede apreciar en el sentido patrimonialista que tenían los primeros códigos civiles, siendo que, al menos en un inicio, únicamente se comprendía dentro del marco de protección a las cuestiones netamente materiales que interesaban al individuo; sin embargo, esta percepción cambió en un momento determinado, redireccionando la tutela del derecho hacia otros bienes igual de relevantes, esta vez de carácter no patrimonial. Un ejemplo de lo anterior puede apreciarse en torno a la teoría de los derechos de la persona, recogida en el Libro I de nuestro Código Civil vigente.

Sin embargo, este cambio de percepción sobre los bienes dignos de tutela jurídica no es reciente. En ese sentido, como se desarrollará más adelante, dentro del derecho romano también se tuvo la misma discusión, pasando de un sistema centrado en la reivindicación del patrimonio del individuo hacia uno que buscaba escudar a la persona contra afectaciones a su integridad física, o incluso, contra su honor.

Precisamente, el presente trabajo de investigación se va a centrar en el derecho al honor dentro del derecho romano justinianeo, con el fin de descifrar no solo su auténtica existencia, sino cuál era el real significado que se le daba a este atributo de la personalidad. Ello, con el fin de comprender hasta qué punto se extendía su protección en torno a los funcionarios públicos que ejercían funciones durante el Imperio, con el fin de verificar si éstos tenían alguna esfera de protección más elevada debido al cargo que desempeñaban.

En ese sentido, partimos de la siguiente hipótesis: dentro del derecho romano justinianeo sí había un reconocimiento al derecho al honor, aunque no textualmente como podemos encontrarlo en los códigos civiles de la actualidad. No obstante, se destaca que sí se reconocía en el derecho romano justinianeo a aquellas afectaciones contra la honra de una persona en tanto manifestaciones de la injuria hacia una persona que tendían a la "infamia" u "odiosidad" hacia el individuo. En ese sentido, veremos que un factor utilizado para la determinación de la injuria y su reparación es el del grado

de dignidad y honradez de la persona aludida. Por tanto, a partir de ello, y del desarrollo conceptual de lo que es un funcionario público en el derecho romano, sí es posible distinguir una protección más amplia hacia éstos con el fin de resguardar su rol dentro de la sociedad, imponiendo un mayor derecho de protección en comparación con el resto de ciudadanos.

De ese modo, para llevar a cabo el desarrollo de la presente investigación nos proponemos, en primer lugar, comprender en qué consistía el honor dentro del derecho romano justinianeo. Posteriormente, el trabajo se centrará en cómo ello se enmarcaba dentro de la estructura política, refiriéndonos específicamente a los funcionarios públicos durante el Imperio.[1136] En ese sentido, primero se hará un breve repaso de los diversos roles públicos que se ocupaban dentro del Imperio romano. En base a la definición planteada sobre los alcances del honor, se procederá a profundizar sobre algunas implicancias prácticas de ello en torno a los funcionarios.

El objetivo principal del presente trabajo es centrarnos en la protección del honor dentro de la función pública romana, con el fin de descubrir hasta qué punto estos funcionarios tenían una protección más extensa de dicha atribución y, así, determinar qué aspectos de la vida de estos funcionarios estarían fuera del ámbito de protección mencionado.

[1136] Conviene resaltar que dentro del presente trabajo únicamente nos vamos a referir a la situación particular de los funcionarios públicos; en ese sentido, se debe considerar que no cualquier ciudadano podía tener una función de ese calibre dentro del Imperio. Así, debemos considerar que había determinadas situaciones y circunstancias personales que hacían que una persona no pueda optar por este tipo de cargos. Como ejemplos de lo anterior, podemos mencionar el caso de las mujeres (D. 50. 17. 2), de los esclavos (D. 1. 6. 1. 1), o de los menores de edad (D. 1. 6. 3). Por tanto, debe mencionarse que el presente trabajo está dirigido a hombres libres y mayores de edad que ocupaban determinado rol dentro del sector público durante el Imperio.

II. La afectación al derecho al honor dentro del derecho romano justinianeo

Como se mencionó en la parte introductoria de la presente investigación, dentro del derecho romano existió un progresivo reconocimiento de nuevas formas de afectación hacia el individuo. En ese sentido, vale la pena comprender adecuadamente el concepto de injuria y su evolución a partir de la labor de los pretores, siendo que a partir de ello es que se comenzaron a reconocer nuevas manifestaciones de lo que hoy en día podríamos denominar "daño".

II. 1. La progresiva expansión de la injuria

El concepto de "injuria" debe ser uno de los que más evolucionó durante el desarrollo del derecho romano justinianeo. Sobre el particular, una doctrina mencionaba que, así como existía el *ius* para denominar al derecho, también existía la *iniuria* para referirse a lo opuesto al derecho dentro del plano político (D. 47, 10, 1, pr). Sin embargo, dicho concepto se fue delimitando con el paso del tiempo, con lo que terminó estando destinado a aplicarse en caso de ofensas contra el cuerpo de una persona o contra sus bienes.[1137]

De ese modo, la *iniuria* (denominada posteriormente "injuria") era reconocida como la ofensa realizada intencionalmente, y de forma ilegítima hacia otra persona física y sus intereses.[1138] Al respecto, se pueden dilucidar tres cuestiones esenciales para entender la injuria: por un lado, el tema de la intencionalidad; de otro lado, el tema de la ilegitimidad; y, finalmente, el daño físico hacia otra persona o

[1137] MOMMSEN, T. (1991). *Derecho penal romano* (pp. 484 y ss). Temis.

[1138] *Ibidem*.

sus bienes. A partir de ello, se puede colegir que no cualquier afectación debía ser calificada como injuria.

Sin embargo, el mayor problema para la delimitación de una injuria era respecto de los bienes dañados. Bajo la lógica comentada, solo se podían calificar como injurias los daños realizados o bien al cuerpo de la persona, o a su patrimonio. En ese sentido, no se podían sancionar como injurias los daños ocasionados a bienes no patrimoniales, como era el caso del derecho al honor.

Sobre el particular, puede que en este punto quede de manifiesto un importante giro en torno a la protección de la persona dentro del derecho romano; y es que, a través de la labor que prestaban los pretores, se fue desarrollando progresivamente la tutela de algunos aspectos importantes de la vida cotidiana no contemplados en un primer momento. En ese sentido, se observó una evolución respecto a los márgenes de protección de la injuria, siendo que con el pasar del tiempo fue expandiéndose más allá del carácter físico o material, es decir, hacia aspectos no patrimoniales, debido al propio desarrollo de la vida cotidiana romana y sus nuevos problemas cotidianos.[1139]

Ahora, respecto de lo último, fue necesaria la intervención de los pretores con el fin de detallar los alcances de la injuria, era debido a que, incluso en la época, aún no existía plena conciencia sobre los diversos aspectos jurídicos relevantes que podrían ser afectados y que deberían tener tutela jurídica.[1140] Hasta para los ciudadanos romanos de la época era una cuestión no tan clara el hecho de que tuvieran un bien no visible que pudiera ser digno de protección. En tal sentido, la labor de los pretores habría colaborado en ese aspecto, con el fin de establecer mecanismos de acción en caso de que esta dimensión no patrimonial sea vulnerada.

[1139] BRAVO, M. (2016). A propósito de la protección del honor de la persona. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, 16*, 29 y ss.

[1140] *Ibidem*, 31 y ss.

II. 2. Sobre los ilícitos contra el honor dentro del derecho romano justinianeo

Debe destacarse que, pese al progresivo interés por resguardar la esfera no física de la persona, dentro del *Corpus Iuris Civilis* no se menciona expresamente ninguna definición concreta respecto del honor. Sin embargo, sí se mencionan algunas consideraciones sobre la protección de la reputación del individuo, por lo que, a partir de éstas, procuraremos plantear una definición de honor dentro del derecho romano justinianeo.

Previamente mencionamos que, en un primer momento, no estaba concebido un mecanismo de tutela respecto de bienes no físicos o patrimoniales; en ese sentido, al comenzar a entender la relevancia de otros bienes igualmente valiosos, se debieron ajustar algunas conductas para que se le puedan dar a estos bienes un tratamiento adecuado. En ese sentido, se puede apreciar que en el *Corpus Iuris Civilis* hubo algunos fragmentos concretos que nos permiten interiorizar las diversas formas en las que se podía realizar la ofensa contra el honor de una persona.

De esta manera, podemos traer a colación lo siguiente: "Mas dice Labeón, que se hace injuria o mediante una cosa, o con palabras; mediante una cosa, siempre que se emplean las manos, pero con palabras cuando no se emplean las manos, y se hace afrenta" (D. 47. 10. 1).

Con lo mencionado, queda clara una cuestión puntual: que incluso en derecho romano ya se hablaba del impacto de las palabras. Es decir, ya no solo se buscaba sancionar los ilícitos hechos con las manos (como las agresiones o los robos), sino que se le daba una particular atención a cómo el lenguaje puede afectar la esfera personal del otro. Ahora bien, cabe mencionar que en la cita mencionada no se hace mayor detalle sobre el tenor de las afirmaciones realizadas para causar el daño.

Del mismo modo, se reconoce lo siguiente en otro fragmento del

Digesto: "Si alguno hubiera escrito, compuesto o publicado libro encaminado a la infamia de alguien, o hubiere hecho con dolo malo que se hiciera algo de esto, aunque lo hubiere publicado en nombre de otro, o sin nombre, sería lícito ejercitar la acción por tal motivo (…)" (D. 47. 10. 5. 9).

A partir de lo mencionado, podríamos afirmar que las injurias realizadas contra el honor no solo tenían la posibilidad de ser orales, sino que, dentro del derecho romano, éstas podían ser incluso escritas (por ejemplo, a partir de libros). Lo anterior es sumamente interesante puesto que nos permite comprender cómo el derecho romano fue adquiriendo conciencia respecto de las nuevas fuentes de posibles daños.

Por tanto, podríamos llegar a la conclusión preliminar de que el honor, dentro del derecho romano justinianeo, adquirió una relevancia especial a tal punto de que, con el fin de resguardarlo, se comenzaron a estructurar nuevas manifestaciones dañinas como las hechas vía oral o escrita. Es decir, queda demostrado algo que mencionamos en la primera parte de este artículo: de cómo se pasó de un plano de protección estrictamente material a un plano de protección inmaterial, lo que ameritaba considerar nuevas formas de ilícitos.

Del mismo modo, vale mencionar que estas ofensas contra el honor podían resultar diferenciadas dependiendo si éstas se realizaban en público o no. Sobre el particular, la ofensa en general contra el honor de la persona era denominada *convicium*, mientras que la realizada públicamente era conocida como *vociferatio*.[1141] En ese sentido, se debe destacar, entonces, que las afrentas contra el honor no solo eran sancionables cuando se realizaban dentro del marco de una relación entre privados, sino que amparaban a las realizadas en público, siendo que, de esa manera, se buscaba proteger, como

[1141] BRAVO, *op. cit.*, 38 y ss.

veremos más adelante, otros bienes públicos igualmente valiosos, como la tranquilidad y el orden público.[1142]

A partir de lo comentado previamente, en el presente punto vamos a demostrar cómo dentro del *Corpus Iuris Civilis* se concretaron algunos supuestos donde el bien protegido era el honor de la persona. En ese sentido, lo que se va a procurar es que, a partir de los supuestos mencionados, se pueda tener una mayor comprensión sobre la real implicancia del honor dentro del derecho romano justinianeo.

En ese sentido, como una primera muestra de lo anterior, podemos traer a colación el siguiente fragmento:

> Mas, cométese injuria, no solo cuando alguno hubiere sido golpeado con el puño, o aporreado con palos, o aun azotado; sino también si se hubiere promovido a alguien un escándalo (…); o si alguien para infamia de otro hubiere escrito, compuesto, o publicado algún libelo o versos, o procurado con dolo malo que algo de esto se hiciera (…) (I. 4. 4. 1).

Como se puede apreciar, el fragmento mencionado trae a colación la ya mencionada idea de "injuria". Tal y como se dijo, ésta no solo abarcaba agresiones físicas, sino que incluso podía tutelar agresiones contra el honor. De manera más concreta, se puede apreciar cómo se reconoce como sancionable el hecho de haber promovido "escándalo" o "infamia" contra otra persona, incluso haciendo mención especial al hecho de realizar ello mediante publicaciones.

Con el fin de realizar un análisis de lo mencionado, vamos a referirnos por separado a los dos conceptos mencionados en el párrafo anterior. Sobre el particular, el término "infamia" era entendido como mala reputación, referido a la indeseable apreciación objetiva de una persona a nivel social; aunque, en algunos contextos determinados,

---

[1142] ESCUTIA, R. (2016). La difamación pública en el derecho romano. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, 22,* 87 y ss.

también podía usarse para aludir a una sanción civil por haber realizado determinadas conductas deshonrosas, por ejemplo, contra la profesión, contra los contratos o contra la familia de uno (D. 3. 2). [1143]

De ese modo, podríamos llegar a la idea de que la producción de la infamia no solo estaba referida a la posibilidad de agraviar la reputación de una persona por conceptos estrictamente personales, como sería el caso de indicar que una persona es una mentirosa, sino que incluso podría llevar a abarcar acusaciones de otro tipo, más relacionadas a la esfera social de la persona, por ejemplo, perjudicando su rol como profesional, como deudor, como comerciante, como miembro de su familia, etc.

Es este mismo término el que luego es usado en otra cita, donde se hace alusión al honor, la cual menciona lo siguiente:

> Y toda injuria o es inferida al cuerpo, o se refiere a la dignidad, o a infamia; se le hace al cuerpo, cuando alguno es golpeado, a la dignidad, cuando a una matrona se le quita su acompañante, y a la infamia, cuando se atenta a la honestidad (D. 47. 10. 2).

Resultan importante tres cuestiones: 1) Se reafirma lo mencionado previamente respecto de la extensión de los bienes jurídicamente protegidos, en el sentido de que ya no solo se configuran lesiones físicas; 2) De otro lado, se menciona una particular diferencia entre afectación a la "dignidad" y a la afectación a la reputación, lo que si bien podría llevarnos, bajo la óptica de tiempos modernos, a cierta confusión, no debería hacernos perder de vista el reconocimiento expreso a la protección del honor; y 3) Finalmente, se menciona de manera general que se va a comprender como "infamia" toda afectación a la honestidad.

[1143] ESCUTIA, *op. cit.*, 74 y ss; BRAVO, *op. cit.*, 38 y ss.

Con lo mencionado líneas arriba queda corroborado que ese llamado contra la honestidad está vinculado a la idea de la mala reputación no solo a nivel moral, sino que incluso podría llevar a una idea errada (o "falsa") en torno a la persona y sus cualidades, tanto como profesional o como ciudadano en general. En ese sentido, indicar que una persona es un moroso cuando no lo es, o es un profesional descuidado cuando, nuevamente, no lo es, podrían entenderse como ejemplos de lo anterior. Esto lleva a una noción de veracidad como un primer filtro para proteger a los emisores de alguna de estas afirmaciones.

En esa misma línea, se debe destacar que en una cita posterior se menciona lo siguiente: "Si alguno hubiere atacado la fama de otro habiendo presentado libelo o al Príncipe, o a alguien, dice Papiniano, que se habrá de ejercitar la acción de injurias" (D. 47. 10. 15. 29). Como se puede apreciar, nuevamente se hace una alusión expresa respecto de la fama de la persona aludida. Tal y como se ha podido apreciar, el concepto de "fama" estaba relacionado a la idea de "reconocimiento público", es decir, a la reputación de la persona, la cual, según se ha podido observar, debía procurar estar basada en la verdad sobre el individuo, evitando acusaciones o menciones erradas sobre su persona.

Ahora, más allá de la noción de "infamia", otro de los criterios mencionados para la determinación de una expresión como atentatoria del honor fue el de no promover "escándalo" contra otra persona. Sobre el particular, viene la duda sobre el real significado de ello. Al respecto, si bien no hay una definición clara respecto a los alcances del término "escándalo", un sector de la doctrina menciona que este término está, más bien, relacionado con la publicidad de las ofensas, vinculando el concepto con la noción de "buenas costumbres".[1144]

[1144] ESCUTIA, *op. cit.*, 74 y ss; BRAVO, *op. cit.*, 38 y ss.

Para contextualizar mejor el término traemos a colación la siguiente cita: "Pero lo que se añade por el Pretor: contra las buenas costumbres demuestra que el Pretor no indica toda vociferación dirigida contra uno, sino la que es reprobada por las buenas costumbres, y la que tienda a la infamia o a la odiosidad de alguien" (D. 47.10. 15. 5).

Recordemos que, como se mencionó anteriormente, el concepto de *vociferatio* era entendido como una falta contra el honor realizada en público. En ese sentido, la cita mencionada indica que, para que una determinada expresión pueda atentar contra las buenas costumbres, debe ser necesariamente hecha en un escenario donde pueda ser escuchada por terceros, es decir, fuera del ámbito de la privacidad entre el agresor y el ofendido.

Así, la cita menciona que este tipo de manifestaciones de transgresiones contra el honor podían de ser básicamente de tres tipos: atentatorias de las buenas costumbres, creadoras de "infamia", término ya mencionado y que alude a la mala fama, y creadoras de "odiosidad" contra una persona.

En base a lo desarrollado previamente, podríamos incluso mencionar que el concepto de "infamia" está sumamente relacionado con el de "odiosidad", entendiendo éste como el rechazo hacia una persona a nivel social. Y es que, como parece lógico, no se consigue el odio hacia una persona sino es con una serie de calificativos o expresiones que atentan contra su reputación. Será, entonces, esa mala reputación generada la que provoque que la comunidad "odie" a alguien. Con ello, podríamos entender algo bien puntual, que las mencionadas afectaciones al honor o bien atentan contra las buenas costumbres o bien provocan infamia.

Ahora, en torno a las "buenas costumbres" es importante destacar que este término hace alusión a los principios morales que rigen en una determinada comunidad. En ese sentido, no se alude a la moral o costumbres de la persona agraviante, sino que lo que

se debe evaluar es si una determinada expresión realizada por éste logra socavar la tranquilidad pública.[1145]

Debe mencionarse que a nivel doctrinario también hay cierta discrepancia sobre el alcance de este concepto. El concepto "buenas costumbres" está más bien relacionado con la idea del pudor,[1146] sin embargo, no somos partidarios de dicha noción puesto que resulta muy restrictiva respecto de los alcances prácticos de la *vociferatio*. Así, entender a las buenas costumbres únicamente bajo una noción de pudor podría hacer que se dejen por fuera de protección las expresiones vejatorias que atenten contra la salud, la seguridad o contra otro tipo de cuestiones que podrían estar vinculados al orden público.

De este modo, va a haber expresiones que, más que despertar la mala reputación de alguien en base a falsedades, puede que sean expresiones, en principio, ajustadas a la verdad de la persona pero que, debido al impacto negativo que podrían generar en la población, se sanciona su manifestación. Un ejemplo de ello podría ser la revelación de una cuestión propia de la intimidad de la persona. No se podría argumentar que hay una noción de falsedad en ello; no obstante, se reconoce que hay cierta información que sí podría afectar a la persona al ser revelada públicamente, sobre todo cuando se le coloca en una situación de sobreexposición mediática.

Finalmente, a partir de las ideas mencionadas, podemos denotar algo claro: que el *Corpus Iuris Civilis* consideraba en varios pasajes afrentas contra el honor de la persona, reconociendo que, en caso de que se den estos supuestos en la realidad, uno podría interponer una acción de injurias contra los implicados. Sin embargo, era necesario hacer una serie de precisiones, puesto que siempre es debido hacer una delimitación de la extensión de dicha protección. En ese

[1145] BRAVO, *op. cit.*, 51 y ss.

[1146] ESCUTIA, *op. cit.*, 71 y ss.

sentido, pudimos apreciar cómo, para poder tener el amparo correspondiente, era necesario que las expresiones sancionables atenten contra los principios de conducta de la sociedad o, en todo caso, que provoquen una mala reputación de la persona a partir de nociones erradas sobre ésta.

Todo lo mencionado en el presente acápite sirve para uno de los objetivos específicos del presente trabajo: plantear una definición concreta del honor dentro del derecho romano justinianeo. Como se mencionó, dentro del *Corpus Iuris Civilis* no hay ninguna definición de dicho concepto; aunque, a partir de las especificaciones expuestas en torno a algunas faltas contra este bien tutelable, sí es posible al menor ensayar al menos un intento de definición.

Como se mencionó, habiendo realizado todas las consideraciones anteriores se podría tratar de esbozar una definición para la idea de honor dentro del derecho romano justinianeo. El concepto de honor nunca es definido de manera expresa, sin embargo, sí existieron varias pautas en torno a su protección. Considerando lo señalado en éstas respecto de algunas prohibiciones, podemos llegar a una idea clara sobre lo que sí era el honor.

Así, como una contribución de la presente investigación, y dentro del contexto explicado, podemos definir al honor como una situación jurídica subjetiva de la persona vinculada a la idea de su verdad individual, cuya protección jurídica se activa frente a injurias que atenten contra las buenas costumbres o que le generen mala fama.

De esta manera, se busca que la definición planteada contenga las principales consideraciones mencionadas previamente. Ahora, si bien era entendido que todos los ciudadanos tenían honor, había ciudadanos que, por el rol que desempeñaban, tenían una protección especial. Así pues, estamos hablando de los funcionarios públicos, sobre lo que tratará el siguiente acápite.

III. Sobre la función pública en el derecho romano justinianeo y el honor de los funcionarios

Una vez ya comprendida la existencia del honor como bien jurídicamente tutelado por el derecho romano justinianeo, y tras haber ensayado una propuesta de definición, es momento de aterrizar lo mencionado a nuestro objeto de estudio. En ese sentido, en el presente apartado se va a tratar de revisar cómo lo mencionado tuvo algún alcance concreto respecto a las funciones que desempeñaban los distintos funcionarios públicos durante el Imperio.

Para ello, lo primero que procuraremos hacer es revisar en qué consistía la función pública dentro del derecho romano justinianeo, con el objetivo de plantear algunas diferencias claras de este período de la historia. Del mismo modo, trataremos de adentrarnos en la diversidad de funciones que eran asignadas a estas personas, con el objetivo de explorar los diversos cargos que se podían ocupar. Posteriormente, nos adentraremos en determinados privilegios que tenían estos funcionarios, con el fin de que, posteriormente, determinemos cómo se podrían aplicar éstos a la protección del honor.

III. 1. Definición de "función pública" en el derecho romano justinianeo

Primero que nada, para comprender mejor el escenario en donde nos vamos a enfocar debemos partir de una diferencia evidente entre la cuestión pública y la privada. El mismo Digesto menciona que lo "público" estaba demarcado por la cosa romana, a diferencia de lo "privado", que está relacionado a los intereses individuales de las personas (D. 1. 1. 1. 2). Por tanto, cuando nos vamos a referir a funcionarios públicos, estamos hablando de aquellas personas que ejercían una función concreta al servicio no de intereses particulares, sino de toda la comunidad. Entonces, para una mejor

profundización del tema vale la pena realizar una breve referencia al modelo político romano de la época.

Tras el término del Principado debido a la muerte de Alejandro Severo en 235 d. C. se inició un período de conflictos bélicos que dieron cabida al surgimiento del Imperio en 284 d. C.[1147] Debe considerarse una variación concreta entre la organización política previa y la que se comenzó a instituir en este nuevo período.

Al respecto de las instituciones dentro del Principado, se debe tomar en consideración que la figura de mayor jerarquía era el príncipe, quien desde el siglo II comenzó a tener actividad legislativa, incluso con marcadas notas de autoritarismo. De otro lado, si bien se consideró un Senado con la posibilidad de establecer ciertas fuentes de derecho, como los senadoconsultos, esta potestad fue decayendo con el paso de los años, manteniendo una relación de dependencia frente a la voluntad del príncipe.[1148]

Ya en tiempos del Imperio, como en todo cambio de régimen político, ocurrieron algunas variaciones hacia lo propuesto anteriormente. Principalmente se acrecentó la figura del emperador por encima de otras instituciones como el Senado, el cual formalmente pasaba a tener un rol por debajo de su autoridad (N. 62. pr); en ese sentido, únicamente hacían las veces de publicidad para las normas imperiales.[1149] Del mismo modo, otra de las grandes características del presente período fue la vasta burocracia institucionalizada por la propia voluntad del emperador.[1150]

Sobre esto último creemos pertinente hacer una mención concreta

---

[1147] MÉNDEZ CHANG, E. (2019). *Introducción al Derecho Romano* (pp. 38 y ss). Pontificia Universidad Católica del Perú.

[1148] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2005). *Derecho Público Romano* (pp. 171 y ss). Aranzadi.

[1149] BURDESE, A. (1972). *Manual de Derecho Público Romano* (pp. 187 y ss). Bosch.

[1150] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit*., pp. 171 y ss.

a efectos del presente trabajo de investigación. Por obvias razones, al hablar de los funcionarios públicos es evidente que en esta lista hacemos referencia al emperador, al ser la figura de mayor trascendencia en la época justinianea. Del mismo modo, y dada su evidente relevancia durante la época, también estamos abarcando dentro del referido rótulo a los senadores, independientemente de que su rol haya tenido una menor incidencia política y jurídica.

Pero puede que un punto interesante sea, como se mencionó, la enorme cantidad de nuevas funciones burocráticas que se originaron durante este período. Así, se debe destacar, primero que nada, que estos eran nombrados por el emperador voluntariamente, omitiendo cualquier opinión o consulta a otra institución.[1151]

Solo para que quede constancia, a modo ilustrativo, podemos mencionar las siguientes funciones burocráticas que instituidas durante este período:

Funcionario	Mención	Función
Praefectus Praetorio (Prefecto del pretorio)	D. 1. 11. 1; C. 1. 26; C. 1. 27	Corrección de la disciplina pública en Oriente, Iliria y África
Praefectus Urbi (Prefecto de la ciudad)	D. 1. 12. 1; C. 1. 28	Corrección de la disciplina pública dentro de la ciudad, e incluso los realizados fuera, pero dentro de Italia.
Magister Officiorum (Maestro de los oficios)	C. 1. 31	Verificación de ejércitos en las fronteras, reporte sobre guardias del Palacio
Quaestor Sacri Palatii (Cargo de cuestor)	C. 1. 30	Revisión del registro menor (preposituras, tribunados, prefecturas)

[1151] BURDESE, *op. cit.*, pp. 232 y ss.

Comitis Sacrarum Largitionum (Conde de las sacras mercedes)	C. 1. 32	Cuidador de los bienes del palacio
Comitis Rerum Privatarum (Conde de los bienes privados)	C. 1. 33	Cuidador de los bienes privados del emperador
Comitis Sacri Patrimonii (Conde del sacro patrimonio)	C. 1. 34	Cuidador de los patrimonios fiscales adquiridos

De ese modo puede quedar demostrado que, precisamente, fue este período del desarrollo del derecho romano donde se instituyeron a más ciudadanos dentro de lo que podríamos denominar el sector público. Se debe comprender que la asunción a un cargo es designio enteramente del emperador, es decir, haciendo un símil con tiempos contemporáneos, no existía el ingreso a la función pública a través de un concurso ni mucho menos. Lo anterior no hacía que se perdiera legitimidad, ya que su investidura venía de una fuente idónea, como era la voluntad del emperador.

Del mismo modo, incluso se llega a mencionar que había cierta intención de los ingresantes a la función pública por realizar una larga carrera allí. En ese sentido, se reportó que usualmente quienes ocupaban funciones de menor rango eran los que mayor tiempo permanecían como funcionarios, con la expectativa de ascender políticamente.[1152]

[1152] BURDESE, *op. cit.*, pp. 232 y ss.

III. 2. Protección del honor para los funcionarios públicos en el derecho romano justinianeo

Los diversos funcionarios públicos que aparecieron en este período de la historia no solamente gozaban de una retribución económica, sino que contaban con diversos privilegios fiscales y jurisdiccionales.[1153] Sin embargo, vale la pena mencionar que también contaban con cierta posición privilegiada en términos de acciones.

En ese sentido, el *Corpus Iuris Civilis* estipulaba que, con el fin de determinar la magnitud de la reparación por haber cometido injuria, uno de los tantos factores que deberá ser ponderado es el "grado de dignidad y honradez" de la persona aludida (I. 4. 4. 7). Sobre lo último, vale la pena realizar algunas anotaciones.

En primer lugar, no se trata de que los funcionarios públicos eran las únicas personas en todo el Imperio romano que podían gozar de cierta "honradez" social. En ese sentido, se comprende que muchas otras personas, como las *matresfamilias* podían gozar de dicho reconocimiento, e incluso mujeres y hombres jóvenes también eran considerados como poseedores de una honra especial. [1154] Lo mismo respecto a la "dignidad": como vimos líneas arriba, incluso el mismo *Corpus Iuris Civilis* reconocía como una injuria contra ésta el hecho de que a una matrona le quiten su compañía (D. 47. 10. 2).

Como se puede apreciar, aunque no se podría afirmar que el fragmento consignado en I. 4. 4. 7 esté pensado directamente en una protección específica hacia los funcionarios públicos, tampoco sería descabellado sostener lo contrario. Sostenemos ello en razón de una cuestión bien puntual: el origen de su designación como funcionarios. Como se mencionó previamente, a diferencia de las cuestiones correspondientes al derecho privado, lo correspondiente al derecho

---

[1153] *Ibidem*.

[1154] BRAVO, *op. cit*., 37 y ss.; ESCUTIA, *op. cit.,* 77 y ss.

público está manejado por la voluntad del emperador, máxima figura y autoridad del Imperio. En ese sentido, se debe recordar que, según lo que establece en *Corpus Iuris Civilis,* la voluntad del emperador tenía fuerza de ley, la misma que tiene legitimidad ante todos los ciudadanos, incluso cuando se trate de la designación a una persona concreta respecto de un cargo (I. 1. 2. 6; D. 1. 4. 1).

En ese sentido, restarle relevancia jurídica al estatus de los funcionarios públicos durante este tramo de la historia sería desconocer la legitimidad en las decisiones del emperador para la designación de estas personas, al omitir algún tipo de grado de relevancia social en torno a su posición. En ese sentido, partimos de la noción de que, cuando el *Corpus Iuris Civilis* menciona que las injurias, como la acontecida ante vulneraciones al honor, deben ser revisadas en vista de la dignidad y honradez de la persona aludida, esto ampara también (aunque no solo) a los funcionarios públicos.

III. 3. Implicancias prácticas respecto del derecho al honor de los funcionarios públicos

Todo lo anterior nos podría llevar al siguiente escenario. Ya se pudo apreciar cómo se fueron reconociendo progresivamente las afrentas al honor dentro del derecho romano justinianeo. Del mismo modo se pudo ver que sí se podía deducir cierta protección especial hacia los funcionarios públicos de la época. En ese sentido, se va a procurar ahora hacer un esbozo de las implicancias prácticas de ello.

En primer lugar, conforme hemos planteado, el honor podría ser entendido, dentro del contexto bajo análisis, como una atribución de la persona relacionada a su verdad individual, que se activa en circunstancias que atenten contra las buenas costumbres, que se basen en falsedades o que le generen mala fama. Ahora, conforme mencionamos, para su determinación se debe tomar en cuenta el estatus de

la persona, lo que involucra a aquellos que ejercían una determinada función dentro del Imperio.

En ese sentido, podríamos mencionar, respecto del concepto de infamia, relacionado a la posibilidad de agraviar la reputación de una persona a nivel social, por ejemplo, las acusaciones contra un funcionario señalando que éste estaría realizando un desarrollo ineficiente de sus funciones. Si bien se podría pensar que dicha acusación sería suficiente para configurar la infamia, se debe tener presente algo ya mencionado, que es la noción de veracidad respecto de la autenticidad de las afirmaciones. En ese caso, sí hubiera sido posible decir que un determinado funcionario está ejerciendo mal sus funciones, sin embargo, solo se configurará la infamia si es que dicha afirmación resulta ser falsa, en el sentido de que se esté buscando perjudicar la fama de la persona.

Debemos tomar en cuenta que, al estar dañando la verdad en torno a un funcionario, se estaría dañando también a la figura del emperador, siendo éste quien determinó la elección del aludido en el cargo que ocupa. Así, como se mencionó previamente, tiene sentido que los colaboradores del Imperio cuenten con una mayor protección de sus derechos.

De otro lado, por obvias razones, tampoco hubiera estado permitido que alguien eleve una expresión que atente contra las buenas costumbres contra un funcionario, por ejemplo, respecto de su indemnidad sexual o cuestiones contra el pudor. En ese sentido, expresiones vejatorias que atenten contra la moral de la comunidad tampoco debieron tener ningún tipo de amparo.

En líneas generales, la protección contra el honor de los funcionarios sí podía conllevar a connotaciones bien específicas en la vida real, sin embargo, no es que hubiera alguna mención expresa en el *Corpus Iuris Civilis* sobre ello. Como se ha visto, la interpretación que hemos realizado fue hecha a partir de la relevancia de su nombramiento por el emperador, que fue el título que justificaba su rol dentro del Imperio.

IV. Conclusiones

- El concepto de injuria pasó por diferentes perfeccionamientos, principalmente debido al rol de los pretores. En ese sentido, la institución evolucionó, pasando de resguardar únicamente aspectos patrimoniales y materiales, a también resguardar aspectos no patrimoniales, como fue el caso del derecho al honor.

- Dentro del derecho romano justinianeo, el *Corpus Iuris Civilis* sí reconoció una serie de infracciones contra el honor de las personas. En ese sentido, aunque no definió qué se debía entender por honor, se puede colegir que se refiere a una situación jurídica subjetiva de la persona, vinculada a la idea de su verdad individual, cuya protección jurídica se activa frente a injurias que atenten contra las buenas costumbres o que le generen mala fama.

- El derecho romano justinianeo se construye a partir del Imperio romano, sección del tiempo en donde la máxima autoridad era el emperador y donde el senado había perdido protagonismo sociopolítico. Sin embargo, una de las características de lo ocurrido en este período es el nombramiento de una alta cantidad de funcionarios que comenzaron a ejercer labores burocráticas dentro del régimen.

- A partir de lo indicado por el *Corpus Iuris Civilis*, para la determinación de la injuria y su reparación era necesario analizar, como un criterio determinante, la afectación a la dignidad y honradez de la persona afectada. En ese sentido, dicha consideración abarcaba, aunque no exclusivamente, a los funcionarios públicos que ejercían funciones durante el Imperio. Dicha situación se entendía necesaria no solo para asegurarles a dichos funcionarios el respeto a sus derechos, sino como una muestra de respeto hacia el origen de los títulos que tenían, que era la misma voluntad del

emperador. De ese modo, tenía sentido que estos cuenten con cierta consideración especial al momento de determinar alguna injuria en su contra.

V. Referencias

BRAVO, M. (2016). A propósito de la protección del honor de la persona. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, 16*.

BURDESE, A. (1972). *Manual de Derecho Público Romano*. Bosch.

ESCUTIA, R. (2016). La difamación pública en el derecho romano. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, 22.*

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2005). *Derecho Público Romano.* Aranzadi.

MÉNDEZ CHANG, E. (2019). *Introducción al Derecho Romano*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

MOMMSEN, T. (1991). *Derecho penal romano*. Temis.

Desde las acciones pretorianas romanas *effusis vel deiectis* y de *positis vel suspensis* a la actual responsabilidad civil colectiva receptada en el Código Civil y Comercial argentino[1155]

Mariana Sconda[1156]

I. Introducción

En este trabajo se plantea como objeto de investigación la responsabilidad civil colectiva y anónima. Nos remontaremos a sus orígenes en el derecho romano, a través de las acciones *in factum* otorgadas por el pretor. Estas eran la *actio effusis vel deiectis* (para el caso del daño causado por cosas arrojadas o derramadas desde un edificio o

[1155] Este trabajo se encuentra enmarcado dentro del proyecto de investigación "Una mirada romanista a las reglas y principios en el Código Civil y Comercial de la Nación. Segunda Parte", con sede en la Facultad de Derecho de UFLO Universidad y dirigido por la Prof. Mirta Beatriz Álvarez.

[1156] 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 (UBA). Profesora adjunta regular en las facultades de Derecho de UFLO Universidad y en la Universidad Católica de Salta. Investigadora categorizada UBA.

vivienda) y la *actio de positis vel suspensis* (por las cosas suspendidas o colgadas de manera peligrosa, en lugares que den a la vía pública y cuya caída pueda dañar a los transeúntes) y su regulación en el derecho intermedio, por medio de las Siete Partidas.

Analizaremos cómo esta responsabilidad fue receptada en el ahora derogado Código Civil de Vélez Sársfield, en el artículo 1119, 3º párrafo. Y cómo actualmente se encuentra legislada de manera expresa en los artículos 1760 y 1761 del nuevo Código Civil y Comercial argentino.

II. Las acciones romanas pretorianas *in factum: effusis vel deiectis* y *de positis vel suspensis*

El derecho romano no tuvo teorías sobre la responsabilidad colectiva y anónima, sino que resolvía las situaciones conflictivas que se le presentaban. Podemos afirmar que la figura de la responsabilidad colectiva no se trata de un supuesto reciente, ya que situaciones de esta naturaleza se pueden haber dado desde el momento en que el hombre comenzó el proceso de vida social y empezó a desarrollar actividades grupales. Por un lado, se ha entendido que el antecedente romano más remoto de esta responsabilidad se daba cuando un miembro de una *gens* había ofendido a un miembro de otra *gens* vecina, por lo tanto todos los integrantes de la *gens* ofensora podían ser objeto de la venganza por parte de los individuos del clan ofendido. Pero a medida que la sociedad romana fue evolucionando y alcanzando un mayor desarrollo de sus instituciones, esta característica se va diluyendo para dar paso a la compensación dineraria y a las ideas de la responsabilidad individual.[1157]

[1157] BARRÍA DÍAZ, R. 2008 *El daño causado por el miembro indeterminado de*

un grupo (pp. 1 y ss, 18 y ss). Universidad de Salamanca. "En los albores de la responsabilidad civil, fundamentalmente en el derecho primitivo romano, ésta presentaba características similares a nuestros tiempos, por cuanto los daños que la conducta individual provocaba, no sólo afectaban al sujeto en particular, sino que también al grupo del que éste formaba parte, fuera un clan, tribu, o familia. Se trataba de una responsabilidad con un tinte objetivista, por cuanto al imponerse una compensación no se apreciaba el elemento subjetivo de la culpa en el causante del daño, sino que la mera existencia de éste movía al dañado a buscar su reparación de manera visceral e impulsiva, al tratarse de sociedades donde la autocomposición era todavía la primera vía de solución de conflictos, por una parte, y por la fortaleza del vínculo entre las personas y el grupo al que pertenecían, por otra. (…) De colectiva, objetiva y penal, la responsabilidad pasará a ser individual, subjetiva y civil"; PARELLADA, C. (2012). Responsabilidad colectiva y daño anónimo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de la Comisión, Decreto Nº 191/2011. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, (10), 12 y ss. "A los fines de evitar tal difusión de la responsabilidad se admite el *abandono noxal*, que limita la venganza del clan ofendido únicamente a la persona del ofensor, dando lugar a que desapareciera la responsabilidad colectiva y se transformara en una responsabilidad individual"; MOSSET ITURRASPE, J. (1979). La responsabilidad de los padres y la evolución de la familia. *La Ley*, Tomo 1979-B, 520. "Al desaparecer la venganza sustituyéndola por la compensación dineraria legal, se presentó el problema de que el *alieni iuris* no tenía patrimonio propio, por lo que a los fines de hacer efectiva la reparación del daño se necesitaba recurrir a los frutos del trabajo del abandonado en noxa. Pero si el *pater* no abandonaba al *alieni iuris*, podía ser perseguido en virtud de la solidaridad familiar que mantenía con quien había efectuado la ofensa"; CARBONIER, J. (1971). *Derecho Civil, Vol. III* (p. 57). Bosch. "En este proceso se elabora por los juristas romanos el concepto de culpa, que implica un análisis del comportamiento individual de las personas, un estudio sociológico de la voluntad de cada sujeto considerado como eventual y exclusivo responsable de hechos dañosos"; DEROUSSIN, D. (2007). *Historie du Droit des Obligations* (pp. 643 y ss). Ed. Económica. "Este desarrollo de la idea de

Desde otro ángulo, se señala como origen de la responsabilidad colectiva dos acciones *in factum* otorgadas por el pretor cuando se cometían hechos ilícitos cuasidelictuales. La característica esencial de éstas era que se limitaban a describir una hipótesis de hecho, sin ninguna referencia a relaciones de derecho, lo que las diferenciaba de las acciones civiles o *in ius*, que sí describían una hipótesis de derecho. Estas acciones pretorianas eran: la *actio effusis vel deiectis* y la *actio de positis vel suspensis.* El motivo de la inserción de las acciones en el edicto obedeció al interés público o general de poder andar por las calles sin miedo y sin peligro, haciendo seguro el tránsito.[1158]

---

culpa da origen a la responsabilidad subjetiva, a partir de la *Lex Aquilia*, base de los modernos regímenes de responsabilidad por daños y que ha sido el sistema de imputación que ha imperado en el derecho desde esos tiempos, con diversos matices y tendencias dependiendo de la postura dogmática o filosófica que hubiesen adoptado los estudiosos del tema en las respectivas etapas históricas".

[1158] GUZMÁN BRITO, A. (2001). *Derecho Romano Privado. Tomo II* (pp. 231 y ss). Editorial Jurídica de Chile; PARELLADA, Responsabilidad colectiva…, *op*. *cit*., 9. y ss. BARRÍA DÍAZ, *El daño*…, *op. cit*., pp. 18 y ss y 374 y ss. IGLESIAS, J. (1994). *Derecho Romano. Historia e Instituciones* (p. 415). Ariel. "Los *delicta* (*furtum, bona vi rapta, iniuria y damnum iniuria datum*), de acuerdo a las normas del *ius civile*, constituían una fuente de las obligaciones, en virtud de la cual determinados actos ilícitos hacían surgir para aquél que los cometía la obligación de pagar a la víctima una cantidad determinada de dinero en concepto de pena. Sin embargo, no todo hecho ilícito causaba este efecto, por lo que el pretor utilizaba ciertas acciones *in factum* con el objeto que el perjudicado por un determinado suceso pudiese dirigir la acción contra el autor y así obtener una compensación monetaria por el daño sufrido. Estos hechos no constitutivos de delitos fueron conocidos en la época postclásica como cuasidelitos u obligaciones *quasi ex delicta*"; RAMOS MAESTRE, A. (2001). *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas. Análisis del Artículo 1910 del Código Civil Español* (p. 17). Práctica de Derecho; ARANGIO RUIZ, V. (1983). *Instituciones de Derecho Romano* (pp. 420

y ss). Traducción de la 10° edición italiana por J. M. Caramés Ferro. Depalma; BONFANTE, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano* (pp. 534 y ss). Traducción de la 8° edición por L. Bacci y A. Larrosa. Reus; DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano* (p. 191). Depalma; TALAMANCA, M. (1990). *Istituzioni di Diritto Romano* (p. 632). Giuffrè; TALAMANCA, M. (2001). *Elementi di Diritto Romano* (pp. 326 y ss). Giuffré; RODRÍGUEZ ENNES, L. (2005). Acciones penales honorarias protectoras de la vía pública (pp. 3 y ss; p. 34). *XVII Encuentro de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina en Homenaje al Profesor Dr. Luis Argüello*. Universidad Nacional del Comahue. "Además de las acciones civiles y pretorias que reprimen actos ilícitos del derecho privado (*delicta* en sentido propio), el *ius honorarium* tipificó una serie de conductas punibles sancionadas con acciones delictuales *in factum* destinadas a punir determinados ilícitos no contemplados por el *ius civile*"; RODRÍGUEZ ENNES, L. (1992). *Estudio sobre el edictum de feris* (pp. 17,18 y 25). Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. "En el Edicto de los ediles curules, y como consecuencia de la *cura urbis*, a ellos se encomendaba, figuraba el Edicto de Feris, en el que se concedía una acción que era la *actio aedilicia de feris*, que prohibía tener animales peligrosos en los lugares de paso público, tanto que estén sueltos como atados, si no pudiesen ser sujetos de modo que no causen daño. De esta manera se sancionaban los daños ocasionados por estos animales potencialmente peligrosos situados en lugares públicos"; ALBA CRESPO, J. (1999). *Acciones e interdictos populares* (pp. 27 y ss). Eudecor. "Según la reconstrucción de Lenel, el edicto de *feris* se concebía en los siguientes términos: Nadie tenga perro, verraco o pequeño jabalí, lobo, oso, pantera, león, por donde vulgarmente se hiciera camino de modo que pudieran causar perjuicio o producir daño a cualquiera. Si contra esto se hubiere procedido y por consecuencia de ello hubiera perecido un hombre libre, se pagarán 200 mil sestercios, y si se dijera que se había causado daño a un hombre libre, sea condenado en cuanto pareciere al juez bueno y equitativo; y por las demás cosas, en el duplo de cuanto sea el daño causado o hecho. D. 21. 1. 40. 1, D. 21. 1. 41 y D. 21. 1. 42"; RAMOS MESTRE, A. (2003). *La responsabilidad extracontractual del poseedor de animales sueltos* (pp. 25 y ss). Editorial de la Universidad de

II. 1. La actio de effusis vel deiectis

El supuesto sancionado por el Edicto del Pretor se describe en D. 9. 3. 1. pr:

> (…) por tanto los que hubieren derramado o arrojado alguna cosa en el

Alicante. "Además con ocasión de la *actio de pauperie*, en I. 4. 9. 1 nos indica una disposición de los ediles en la que se prohíbe tener perro, verraco, jabalí, oso, o león allí por donde comúnmente se hace camino; y si en algo se hubiere contravenido a esto, y se dijese que se había causado daño a un hombre libre, sea condenado el dueño en tanto cuanto pareciere bueno y equitativo al juez; y en los demás casos, al duplo de cuanto sea el daño causado. En opinión de algunos autores, entre los dos pasajes de Ulpiano, los compiladores intercalaron un fragmento de *Paulo 22 ad Ed. Cur.,* D. 21. 1. 41, donde el jurista extiende el contenido edictal a cualquier animal que pudiera dañar". En el mismo sentido PARICIO SERRANO, J. (1987). *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico* (p. 55). Civitas; ADAME GODDARD, J. (2010). *Comentario histórico-jurídico al Libro I de las Sentencias de Paulo* (pp. 372 y ss). Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica; LLAMBÍAS, J. (1992). *Código Civil Anotado. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo II-B. Arts. 896 a 1136* (p. 521).. Abeledo Perrot; LLAMBÍAS, J. (2005). *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo IV-A*. Lexis Nexis; TRIGO REPRESAS, F. & LÓPEZ MESA, M. (2011). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo IV* (pp. 1317 y ss). La Ley; LÓPEZ CABANA, R. (1986). *Responsabilidad colectiva. Régimen legal en Argentina y Latinoamérica* (p. 938). Tomo 1986-B. La Ley; GARRIDO CORDOBERA, L. (2009). *La responsabilidad Colectiva* (p. 89). Editorial de la Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas; SALVAT, R. (1958). *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones. Tomo IV* (pp. 181 y ss). Tipográfica Editora Argentina; GREGORINI CLUSELLAS, E. (2007). La responsabilidad colectiva. Alcance y efectivización. La Ley 2007-F, 843; ANKUM, H. (2003). L' Edit du Préteur de His qui deiecerint vel effuderint. *Studia Iuridica*, *XLI*, 10 y ss.

> sitio por donde vulgarmente se transita o donde la gente se detiene, daré, contra el que allí habitare, acción en el duplo por cuanto daño con ello se hubiere causado o hecho. Si se dijera que del golpe de lo arrojado había perecido un hombre libre, daré acción de cincuenta aúreos; si viviera, y se dijese que se le causó daño, daré acción para que aquél contra quien se reclama sea condenado en tanto cuanto por tal cosa pareciere justo al juez. Si se dijera que un esclavo ignorándolo su dueño, añadiré en el juicio: o que lo dé en noxa.

De la misma manera se encuentra expresado en D. 44. 7. 5. 5 e I. 4. 5. 1 y 2.[1159] La razón por la cual se regularon estas situaciones era garantizar el tráfico viario de los transeúntes, es decir, se creó por razones de utilidad pública. Si bien no se sabe la fecha cierta de este edicto, se infiere de las fuentes que se encontraba en vigor a fines de la República, habiendo sido conocido por Servio Sulpicio Rufo (D. 9. 3. 5. 12) y Cayo Trebacio Testa (D. 9. 3. 5. 1). Dada la configuración urbanística de Roma, en esta época comenzaba a ser una urbe de población creciente, con problemas de espacio y progresivo aumento de las *insulae*, con condiciones de habitabilidad precaria, donde los residuos se eliminaban hacia el exterior de las casas, con el consiguiente peligro para los viandantes (D. 9. 3. 1. 1).[1160]

[1159] ALBA CRESPO, *Acciones e interdictos…, op. cit.*, p. 21; KUCUK, E. (2008). L'actio de efussis vel deiectis nel diritto romano classico. *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*, 102 y ss; BARRÍA DÍAZ, El daño causado…, *op. cit.*, 374; RODRÍGUEZ ENNES, L., Acciones penales… *op. cit.*, pp. 17 y ss. "A tener de la cláusula edictal se prohíbe el *effusum* (derramamiento de líquidos) o el *deiectum* (lanzamiento de objetos sólidos), desde edificios habitados sobre los lugares de tránsito y estacionamiento ordinarios, ocasionando daños a los viandantes, así el pretor procede a individualizar el tipo de conducta relevante para la aplicación de la sanción".

[1160] BARRÍA DÍAZ, *El daño causado…, op. cit.,* pp. 19, 374 y ss. "El fundamento

De la expresión *in eum locum quo vulgo iter fiet* (el lugar por donde generalmente se transita) se desprende hacia dónde se vertían los líquidos o se arrojaban los sólidos. Es claro que las calles de la ciudad eran el lugar donde se daban los hechos determinantes de la

---

de estas acciones se encontraba en las condiciones de vida de la antigua Roma: era muy frecuente que en sectores populares de la ciudad los inmuebles fuesen habitados por varias personas y grupos familiares, en construcciones de deficiente calidad; por otro lado, las precarias condiciones sanitarias y de higiene obligaban a las personas a evacuar desechos y la basura en general arrojándolas a través de las ventanas hacia la calle. En suma, el tránsito por las vías romanas podía ser peligroso a causa de la eventual caída de objetos desde los edificios y los transeúntes, potenciales víctimas del estilo de vida romano, encontraron cierta protección en estas acciones pretorias que tenían su fundamento en la frecuencia con que se producían accidentes de esta naturaleza". MÚRTULA LAFUENTE, V. (2005). *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo* (pp. 26 y ss). Dikynson; ALBA CRESPO, *Acciones e interdictos…, op. cit*., p. 21. "El gran crecimiento de Roma se operó a partir de fines de la República y comienzos del Principado. La población aumentó entonces de manera notable y ello debió incidir en la cantidad de viviendas y en la circulación de transeúntes por sus calles, haciendo así necesaria la disposición edictal"; KUCUK, L'actio…, *op. cit*., 102 y ss. Nell' età repubblicana Futrono fatti i marciapiedi stradali, costruiti i grandi Mercali, Così se trasformò Roma dalla sua identità pastorale a quella urbanistica.A causa dello sviluppo dell' urbanizzazione, dei luoghi limitate per costruire gli edifici, della povertà del popolo, sorsero le *insule* in contrapposto alla *domus* unifamiliare. Tutta la famiglia viveva insieme in un piccolo *meritorium* in condizioni difficile con la mancanza di luce e acqua. Le case erano più alte, le considette *insule,* che mancavano anche della fognatura. Non c' era il sistema per accogliere i rifiuti. Tradizionalmente, gli habitanti di Roma versavano i risidui direttamente in strada." "Lo scopo de quest' azione era la tutela della sigurezza e dell' interesse pubblico. D' altra parte, quest' azione era un provvedimento amministrativo allo scopo della pulizia stradale (D. 9. 3. 1. 1)"; ANKUM, L' Edit…, *op. cit*., p. 8.

aplicación del edicto, por la natural presencia de edificios, pero la expresión *iter* no aparece utilizada en el sentido restringido de calle, sino de lugar por donde se transita, se encuentre o no en la ciudad. El jurista Paulo de igual manera así lo expresaba en D. 9. 3. 6. pr: "Este Edicto se refiere no solamente a las ciudades y lugares, sino también a los caminos por los que de ordinario se transita". Y esto es confirmado por Ulpiano en D. 9. 3. 1. 2: "Y poco debe importar que el lugar sea público o privado, con tal que por él de ordinario se transite (…)".[1161]

Algunos autores señalan que el ilícito de *effusum et deiectum* debe ser consumado de día y no de noche. Esta limitación del *factum* delictivo a las horas diurnas constituye una suerte de tradición canónica que se ha trasmitido, apoyándose en la opinión de Labeón recogida por Paulo en D. 9. 3. 6. 1: "Si se arrojó una cosa de día, no de noche, pero por algunos lugares se pasa también de noche". Esto se explicaría por la circunstancia de haberse encontrado prohibido el tránsito de carruajes en Roma desde la salida del sol y hasta la hora décima, salvo el caso de los ocupados de la recolección de residuos, por lo que seguramente era cuando se arrojaban a la calle los desperdicios. Mientras que Paulo extiende la comisión del ilícito a todas las horas, incluso las de la noche, debido a la ampliación interpretativa posterior derivada de las circunstancias. Resulta factible que la frase pudiera constituir el fruto de un glosema ulpianeo al texto edictal originario sin que, en consecuencia, deba hablarse de

[1161] ALBA CRESPO, *Acciones e interdictos…, op. cit*., p. 21 y ss; RODRÍGUEZ ENNES, Acciones penales*…, op. cit*., pp. 4 y ss. "La expresa referencia al *vulgo* demuestra que la protección de los magistrados se dirigía al *populus*, no entendido en su acepción política de comunidad organizada en Estado, sino en su significado natural y no jurídico: la multitud de individuos que constituyen la masa de la población. Es este *vulgus*, quien postula un tránsito incólume por las calles y plazas, de las que, efectivamente, realiza un uso constante y cotidiano".

una intervención compilatoria. Así las cosas, la tutela edictal viaria no se circunscribe, por tanto, cronológicamente, a las horas del día, sino a las calles y plazas de las que efectivamente se realiza un uso constante o cotidiano.[1162]

El régimen de legitimación de las acciones de *effusis et deiectis* está descrito en D. 9. 3. 5. 5, donde se examinan tres supuestos: 1) Acción por daños materiales ocasionados a cosas pertenecientes al actor: lleva aparejada una *condemnatio* por el doble del daño ocasionado. Es una acción de carácter privado porque trata de resarcir

[1162] GIMÉNEZ CANDELA, T. (1990). *Los llamados cuasidelitos* (p. 69 y ss). Trivium; CASAVOLA, F. (1958). *Studi sulle azioni populari romane: le acciones populares* (p. 157). Jovene; SCHIPANI, S. (1969). *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa* (p. 373). Giappichelli; RODRÍGUEZ ENNES, Acciones penales…, *op*. *cit*., pp. 18 y ss. "La tesis dominante que propugna que el ilícito de *effusum et deiectum* debe ser cometido de día, tiene que ser abandonada. En primer lugar porque sus sostenedores prescinden al formularla de toda referencia explícita a la patente censura pauliana del *responsum* de Labeón, avanzada en la misma sede textual *ded quibusdam locis et nocte iter fit* y tan sólo un autor tras calificarla de tímida objeción, añade que pudiera constituir el germen de una tardía ulterior interpretación extensiva de la previsión edictal, con lo que equivaldría a situar cronológicamente la interpretación en época postclásica y además disociaría al *effusum et deiectum* de su estricto ligamen con el criterio *vulgo inter fieri* que constituye la auténtica *ratio edictalis*. En segundo término, la postura tradicional origina una inútil antinomia con D. 9. 3. 1. 2, por cuanto el empleo del adverbio *semper* parece connotar la generalización temporal de la prohibición. Beseler, trata de resolver la cuestión señalando que el pasaje está interpolado debido a la no clasicidad del término *securitas*. Schipani intenta salvar la antinomia partiendo de la polisemia del adverbio *semper*: si se refiere a una precisa dimensión cronológica de la previsión edictal 'siempre', 'en todo momento', la contradicción con el texto pauliano es patente, pero si se le asigna la acepción de omnivalencia temporal de la seguridad viaria, su autenticidad es evidente y la contradicción queda superada".

en el patrimonio de una persona el daño material producido, de ahí su transmisibilidad *mortis causa*; 2) Acción por la muerte de un hombre libre: la pena ascendía a la suma de 50 mil sestercios o 50 aúreos (según la Compilación Justinianea). Sanfilippo[1163] expresa que la pena fija es dictada por mor de la necesidad, ya que, para el derecho Romano, el cuerpo humano carecía de precio. Esta acción era temporal, debía ser ejercida dentro del año, al igual que la mayor parte de las acciones penales pretorias. Era intransmisible activa y pasivamente, es decir, no se daba ni a favor ni en contra del heredero o personas asimiladas, ya que era penal y popular. La popularidad de esta acción no obstaba a que el magistrado si había pluralidad de demandantes, atendiendo a las necesidades derivadas de las circunstancias concurrentes, eligiese el más idóneo, y éste era el heredero o el pariente más próximo;[1164] 3) Acción por lesiones a un hombre libre: ésta podía revestir dos formas, una penal, privada y perpetua a favor de la víctima, y otra popular, a favor de cualquiera que era anual. Tanto en uno como en otro caso era intrasmisible desde el punto de vista pasivo y en la primera tampoco activamente. La

[1163] SANFILIPPO, P. (1959). Il risarcimento del danno per l' uccisione di un uomo libero nel diritto romano. *Annali Catania*, (5), 124.

[1164] RODRÍGUEZ ENNES, Acciones penales…, *op. cit.*, pp. 11 y ss. "Se establece una preferencia para ejercitar la acción, esto es la *potestas experiundi* que queda jerarquizada en tres niveles: 1) *is cuius interest,* 2) *afines et cognati y* 3) *extranei.* La prioridad otorgada a quien actúa *suo nomine* es un principio consagrado en D. 47. 23. 3. Es lógico que se repute con rango preferente al afín y al pariente respecto de los extraños. La referencia a las personas asimiladas a los herederos insertada en D. 9. 3. 5. 5 ha sido reputada de espuria". En sentido opuesto, BRUNS, K. (1933). Le azioni popolari romane. *Studi Giuridici I*, 121; KUCUK, *L'actio…, op. cit.*, pp. 108 y ss. "Se corresponde con I. 4. 5. 1, D. 9. 3. 1. 5 y D.9.3.7"; SOLARTE RODRÍGUEZ, A. (2004). Los actos ilícitos en el Derecho Romano. *Universitas. Revista Científica de la Universidad Javeriana*, (107), 740 y ss.

condena se refería siempre al *bonum et aequum* (D. 21. 1. 42).[1165] Se contemplaron dos acciones distintas no susceptibles de ser entabladas cumulativamente, dirigidas cada una de ellas a la protección de una dualidad de intereses diversos tutelados por el edicto.[1166]

El sujeto pasivo de la acción de *effusis vel deiectis* era el habitador, entendiendo por tal al que habita la vivienda desde la cual la cosa se arroja o cae, y no al dueño. Según Ulpiano en D. 9. 3. 1. 9, se consideraba habitador a quien vivía en casa propia, al arrendatario y al que ocupaba un inmueble gratuitamente. No se contemplaba como tal al que se encontraba como huésped o visita, por el carácter transitorio de ese estado, asumiendo la eventual responsabilidad quien le hubiese dado hospedaje. También consideró como habitadores al almacenero, tendero, al comerciante, al docente y a quien hubiese arrendado alguna habitación o local para destinarlo a la actividad comercial o educativa (D. 9. 3. 5. 3). Cuando eran varios los habitantes que ocupaban una vivienda indivisa, la acción se dirigía contra cualquiera de ellos, porque era imposible saber quién la arrojó o la derramó (D. 9. 3. 1. 10; D. 9. 3. 2) y se debía responder por el todo, pero no de manera acumulativa, sino solidaria (D. 9. 3. 3). En esta hipótesis, la liberación de los demás se verificaba por la percepción, no por la contestación de la demanda, quedando

[1165] RODRÍGUEZ ENNES, Acciones penales*…, op. cit.,* pp. 15 y ss. "Algunos autores como Casavola opinan que en el supuesto de lesiones a un hombre libre sólo él quedaba legitimado de por vida para ejercitar la acción, sólo se abría si el herido fallecía antes de haber incoado el proceso". CASAVOLA, *Studi sulle… op. cit.*, p. 165; KUCUK, *L'actio…, op. cit.*, p. 108. "Se corresponde con I. 4. 5. 1"; ALBA CRESPO, J. (1999). *Acciones e interdictos populares* (p. 23). Eudecor; SOLARTE RODRÍGUEZ, Los actos*…, op. cit*. 740 y ss.

[1166] RODRÍGUEZ ENNES, Acciones penales…, *op. cit*., p. 16. "Tanto la acción penal, privada y perpetua, como la acción anual son populares, ya que ambas proveen a la *tuitio urbis*"; ANKUM, *L' Edit…, op. cit.*, pp. 11 y ss.

expedita la posibilidad para el que pagó de obtener la contribución de los demás mediante la acción de sociedad o la acción útil (D. 9. 3. 4). Por el contrario, si varias personas habitaban una misma vivienda pero con divisiones claras entre los diversos aposentos que cada uno de ellos o su grupo ocupaban, la acción se dirigía contra el habitator que vivía en la parte desde donde cayó la cosa, excluyendo toda la responsabilidad para los demás (D. 9. 3. 5. pr y 1). Si el habitador era un esclavo o un filius y se diera alguna de las hipótesis anteriores, la solución era la acción noxal (D. 9. 3. 1. pr; D. 9. 3. 1. 7; D. 9. 3. 1. 8; I. 4. 5. 1; D. 44. 7. 5. 5).[1167]

Respecto a la clase de objeto derramado o arrojado, no existía una distinción entre líquidos o sólidos, de modo que cualquiera que fuere la cosa impulsada por la ley de gravedad que dañara al transeúnte, lo habilitaba a invocar la protección del Edicto.[1168]

Por consiguiente, la función de este Edicto era la protección de los viandantes que no podían quedar en una situación desmejorada por las circunstancias de no poder demostrar en el caso concreto quién era el responsable material del evento dañoso, consistente en la caída de un objeto, que a la postre resultara lesivo. Por razones de equidad se impuso que a la víctima se la liberase de la prueba del autor del daño y se constituyera en sujeto pasivo de la acción a quien detentase el disfrute del inmueble desde donde cayó o se arrojó la cosa, con independencia de si le era o no imputable la caída. Si se erige al *habitator* como sujeto pasivo de la *actio*, con absoluta prescindencia de su comportamiento en el resultado dañoso y de la existencia de un nexo causal entre su conducta y el daño, no cabe concluir otra cosa que la *actio effusis et deiectis* era un caso de responsabilidad objetiva, en el que la calificación del ilícito pretorio

[1167] ALBA CRESPO, *Acciones e interdictos…, op. cit*., pp. 24 y ss; BARRÍA DÍAZ, El daño causado…, *op. cit*., 375 y ss; KUCUK, *L'actio…, op. cit.*, pp. 104 y ss.

[1168] BARRÍA DÍAZ, El daño causado…, *op. cit*., 379.

se realizó únicamente por el resultado, dejando de lado toda consideración a la culpa del *habitator*, según se infiere de D. 9. 3. 1. 3.[1169]

Si el causante de la *deiectio* era identificado, el perjudicado podía ejercitar contra él la *actio legis aquiliae,* salvo en el caso de muerte o lesiones a un hombre libre, y Labeón fundó dicha concesión en D. 9. 3. 5. 4. El requisito más general del daño aquiliano era el que se concretaba en la necesidad de que tal daño fuera consecuente con un *facere* del responsable, siendo evidente el nexo causal entre la actividad y la lesión producida. En el último siglo de la República, al afirmarse la tendencia jurisprudencial de encuadrar fuera de los principios aquilianos ciertos tipos de eventos dañosos en los que el punto de vista interno de la culpabilidad es sustituído por el aspecto externo de la simple causalidad, esto se manifestó abiertamente en la sistemática de las obras de la jurisprudencia que analizaron el *effesum et deiectum* lejos de los libros que comentan el *damnum iniuria datum.*[1170]

[1169] RODRÍGUEZ ENNES, L. (1984). Notas sobre el elemento subjetivo del *edictum de effusis vel deiectis*. *IURA. Revista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, *XXXV*, 91 y ss; RODRÍGUEZ ENNES, Acciones penales…, *op. cit*., pp. 19 y ss.

[1170] RODRÍGUEZ ENNES, Acciones penales…, *op. cit*., pp. 21 y ss; BETTI, E. (1925). Le fonti d' obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*. A. G.*, (98), 39; BRANCA, G. (1971). Struttura constante della responsabilità extracontrattuale attraverso i secoli. *Studio Volterra*, *I*, 101. LENEL, O. (1901). *Essai de reconstitution de l' Edit Perpetuel* (p. 174). Tomo I. Larose & Forcel; ALBA CRESPO, *Acciones e interdictos…, op. cit.,* pp. 23 y ss. "Aunque en D. 9. 3. 1. 4 se alude a la culpa parece claro que ella no era necesaria, según resulta de la parte final del pasaje, donde se dice de manera rotunda y clara que no se hace cuestión de culpa ni de *infitiatio*. A diferencia de lo que ocurría en el caso de la acción de la *Lex Aquilia*. Cuando se alude a la culpa del *habitator*, tanto aquí como en D. 9. 3. 6. 2, textos que muchos han considerado interpolados, no debe entenderse que debiera concurrir negligencia para que procediera la acción, sino en todo caso, que se debe responder frente al

II. 2. La actio de positis vel suspensis

Tendiente a la seguridad del tránsito viario y con el mismo carácter de medida de policía que la de la *actio de effusis vel deiectis*, el pretor creó un segundo edicto. Éste estaba vinculado al anterior, en tanto que en D. 9. 3. 5. 7 se dice que era parte de él. Su objetivo era reprimir hechos que atentaban contra el uso libre y razonable de lugares transitados o de estacionamiento ordinario, por tener colocados en ventanas, balcones y tejados, objetos cuya caída pudiera dañar a terceros. Así se desprende de D. 9. 3. 5. 6:

> En el cobertizo o alero del tejado, que da sobre aquel lugar por el que vulgarmente se transita, o donde la gente se detiene, nadie tenga puesta ninguna cosa cuya caída pueda causar daño a alguien. Contra quien hiciere lo contrario daré acción por el hecho por 10 mil sestercios, si se dijera que lo hizo un esclavo ignorándolo su dueño, o mandaré que sea dado por noxa.[1171]

---

perjudicado por el simple hecho que la *effusio* o *deiectio*, haya sido realizado por quien vive en la casa o por cualquier otra persona, pues debió cerciorarse que no lo hicieran o impedir que lo hicieran". RAMOS MAESTRE, La responsabilidad…, *op. cit*., pp. 19 y ss. "El afectado por la caída o derrame desde una vivienda siempre podía ejercer su pretensión resarcitoria a través de la fórmula genérica de la *Lex Aquilia,* pero aquella ponía sobre las espaldas del afectado el peso de la prueba del autor del daño, carga que se consideró excesiva y se suplió por el sistema de la *actio effusis vel deiectis*, creada especialmente con esa finalidad y con la de hacer más seguro el tráfico para los viandantes". BARRÍA DÍAZ, El daño causado…, *op. cit.,* p. 381; KUCUK, *L'actio…op. cit.,* pp. 109 y ss.

[1171] ALBA CRESPO, *Acciones e interdictos… op. cit.,* pp. 25 y ss; BARRÍA DÍAZ, El daño causado…, *op. cit*., 382 y ss; RODRÍGUEZ ENNES, Acciones penales*… op. cit*., pp. 21 y ss. "La íntima relación existente entre el edicto de *effusis vel deiectis* y la cláusula edictal *ne quis in suggrunda* es proclamada, sin ambages, por Ulpiano

Si contrastamos ambas cláusulas edictales se advierten algunas diferencias. Mientras que en el edicto de *positis et suspensis* contiene una advertencia directa contra un determinado tipo de conducta y sanciona el nuevo hecho de colocar objetos en cobertizo, aleros de tejados ubicados en lugares de tránsito o donde las personas se podían detener, creando de este modo una situación de riesgo por el peligro de su caída, por el contrario, el edicto de *effusis vel deiectis* solo tipificaba como ilícito el arrojamiento o derrame de cosas, productor de consecuencias damnificadoras. En consecuencia, se infiere la diversa finalidad de las cláusulas edictales: la primera era preventiva, y la segunda, reparadora. La otra diferencia que existía se encontraba en el ámbito de aplicación de cada uno. Mientras que el edicto de *effusis vel deiectis* contenía tres acciones, cada una con un régimen propio, el edicto de *positis vel suspensis* solo era aplicable a un caso concreto, no reconducible a ninguna de aquellas acciones.[1172]

---

al calificar a este último de *portio* del anterior en D. 9. 3. 5. 7: "Este Edicto es parte del anterior; porque fue consiguiente que el Pretor providenciase también sobre este caso, para que si alguna cosa estuviese puesta peligrosamente en estas partes de las casas, no causara daño". Con todo, el estrecho ligamen de la *actio de positis vel suspensis* con el criterio de *vulgo iter fiet* está contemplado asimismo en D. 9. 3. 5. 9: "Que dan por aquel lugar por donde habitualmente se transita, o donde la gente se detiene, tenga puesta alguna cosa; debemos entender puesta, ya lo esté en el cobertizo o alero de una habitación, o de un cenáculo, ya también en los de un almacén, o de cualquier otro edificio"; RICCOBONO, S. (1941). *Fontes iuris romani antejustinianni* (p. 349). Barberà. "Concuerda con I. 4. 5. 1"; GIMÉNEZ CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*… op. cit., pp.110; GUZMÁN BRITO, *Derecho Romano… op. cit*., p. 268; SOLARTE RODRÍGUEZ, *Los actos ilícitos…, op. cit*., p. 741; ANKUM, *L' Edit du Préteur…, op. cit*., pp. 16 y ss.

[1172] RODRÍGUEZ ENNES, Acciones penales…, *op. cit.,* pp. 21 y ss. "El edicto de *positis et suspensis* contemplaba un ilícito pretorio subsumible en lo que la ciencia punitiva moderna designa como delito de peligro o de riesgo. Se establece una

Los romanistas discuten acerca de quién es el sujeto pasivo de esta acción. Para algunos, la *actio positis vel suspensis* procedía contra el *habitator;* otros, en cambio, opinaban que era contra quien tuviese puesta la cosa. Lo cierto es que no se habla aquí del *habitator*, sino de quien tenga puesta alguna cosa (*ne quis id positum habeat;* D. 9. 3. 5. 6), situación en que podía encontrarse aquel, pero también otros. Por lo tanto, el sujeto pasivo era cualquier persona que tuviese colgado o suspendido objetos en lugares prohibidos en las circunstancias que el Edicto contemplaba, no solo el habitador sino también el dueño del inmueble o inquilinos (D. 9. 3. 5. 8). De manera que el elemento determinante a la hora de imputar responsabilidad era el haber puesto el objeto en un cobertizo o alero de modo que pudiese caer y causar un daño, circunstancia para la cual tener en cuenta al habitador significaba restringir innecesariamente la persona del legitimado pasivo de la acción.[1173]

---

defensa preventiva a favor de los viandantes, castigando el simple *factum* de colocar de un modo peligroso, o sin las debidas precauciones, in *suggrunda protectove* sobre lugares de paso o estacionamiento ordinario, un objeto *cuius casus nocere cui possit*"; BARRÍA DÍAZ, El daño causado…, *op. cit.*, 382 y ss.

1173 ALBA CRESPO, *Acciones e interdictos…, op. cit*., p. 26. "Por otra parte, la circunstancia de tener puesta alguna cosa puede imputarse con mayor facilidad a quien habite en el lugar, que a quien no lo haga, ya que sus posibilidades de impedir que otro coloque la cosa resultan menores, la situación no ofrecía dudas cuando él mismo fuera quien la hubiese puesto (D. 9. 3. 5. 10)". RAMOS MAESTRE, La responsabilidad civil*…, op. cit.,* p.24; GIMÉNEZ CANDELA, *Los llamados cuasidelitos…*, *op. cit.,* pp.118 y ss; RODRÍGUEZ ENNES, Acciones penales…, *op. cit.*, pp. 22 y ss. "El demandado es descripto en el edicto *ne quis in suggrunda* como *is qui positum habeat.* La colocación del objeto peligroso constituye, el momento a partir del cual cabe colegir que la *voluntas* delictiva ha asumido una manifestación lo suficientemente precisa y concreta para justificar la intervención del órgano punitivo. Con ello se demuestra que la conexión del individuo agente

Para que la acción de *positis vel suspensis* procediera no era necesario que se hubiera causado un daño, sino que bastaba la posibilidad que se produjera a raíz de la colocación peligrosa de una cosa en las partes del edificio señaladas en el Edicto. Era una acción de carácter penal, intrasmisible pasivamente, es decir que no corresponde contra los herederos del causante del daño, y también era una acción popular, pero sin embargo competía al heredero y a otros semejantes (D. 9. 3. 5. 13).[1174]

La acción procuraba el pago de una suma fija y elevada que era de 10 mil sestercios o 10 sólidos de oro en la época de Justiniano, sin que fuera necesario probar dolo o culpa sino la mera circunstancia de tener alguna cosa peligrosamente colocada o suspendida. Al momento de determinar qué tipo de responsabilidad establece esta acción, ha puesto a los autores en distintos bandos. La opinión mayoritaria considera que se trató de una responsabilidad de naturaleza objetiva, basada en el mero hecho, sin necesidad de prueba de dolo o culpa. Otros autores, en cambio, afirman que en esta acción había una responsabilidad por culpa, la cual se encuentra presente en quien colocó la cosa, sin importar quién haya sido, puesto que lo realmente importante era que haya sabido que el objeto estaba en ese lugar y en esa posición, existiendo negligencia de su parte en caso de no hacer nada por remediar esa situación.[1175]

---

con la conducta delictiva es mucho más próxima que en el *effusum et deiectum*, donde la legitimación procesal pasiva corresponde a *qui ibi habitaverit,* es decir, a aquella persona que se encontraba en situación de disfrute del inmueble, con independencia de si le es o no imputable la caída".

[1174] ALBA CRESPO, *Acciones e interdictos…, op. cit.,* p. 26 y ss; BARRÍA DÍAZ, El daño causado…, *op. cit.,* 382.

[1175] ALBA CRESPO, J.; *Acciones e interdictos…, op. cit.,* pp. 26 y ss; RAMOS MAESTRE, La responsabilidad civil…, *op. cit.*, p. 24. "La acción prescinde de que medie o no culpa, por tanto de toda valoración de la conducta del responsable.

Esto no significa que no pueda concurrir el elemento intencional, sino que para el ejercicio de aquella tan sólo se requiere la comprobación de un hecho *qui positum habet"*; ANKUM, *L' Edit…, op. cit.*, pp. 8 y ss; GIMÉNEZ CANDELA, *Los llamados cuasidelitos…*, *op.cit.,* pp. 118 y ss. "Basándose en la impersonalidad del sujeto pasivo y en el comentario de Ulpiano, en el sentido de que entra en la prohibición edictal todo aquello colocado de modo que pueda causar un daño, afirma que no hace falta que el *habitator,* dueño o inquilino haya puesto personalmente el objeto, sino que es suficiente con que lo tenga colocado en esa posición, con el consiguiente riesgo que caiga y cause daño. A su juicio, se trata de una responsabilidad basada en el mero *factum* objetivo, sin ser imprescindible la prueba de dolo o culpa, las que podrían perfectamente existir, pero sin que sea una circunstancia relevante, a diferencia del hecho objetivo de la ubicación del objeto". GUZMÁN BRITO, *Derecho Romano…, op. cit.*, p. 269; WALLINGA, T. (2002). Effusa vel deicta in Rome and in Glasgow. *Edinburgh Law Review*, (6), 910; RODRÍGUEZ ENNES, Acciones penales…, *op. cit.*, p. 23. "El *habitator* responde frente a las normas edictales sin que se tengan en cuenta las circunstancias de que el evento damnificador hubiese sido producido por dolo o por negligencia. La naturaleza objetiva de la protección edictal debe considerarse como un dato pacíficamente admitido por la doctrina"; RODRÍGUEZ ENNES, L. (2009). La *obligatio* y sus fuentes. En torno al Derecho Romano de Obligaciones. *Revista Internacional de Derecho Romano (RIDROM)*, (2), 118. "La solución en los últimos años que parece imponerse paulatinamente en el ámbito doctrinal es la que considera que el factor originario sería el de la responsabilidad objetiva. Refiriéndose a la época clásica, en los casos sancionados entre la *actio de effusis vel deiectis* y *de positis vel suspensis*, el *habitator* era responsable de unos hechos que habitualmente serían ajenos a su dolo o culpa"; RODRÍGUEZ ENNES, Notas sobre el elemento…, *op. cit.*, p. 92; BARRÍA DÍAZ, *El daño causado…, op. cit.*, p. 383 y ss. "Es lógico que si se trataba de una acción de prevención, destinada a sancionar a quien creara un riesgo, debía existir negligencia en el actuar de aquel que, desprevenida o imprudentemente, colocaba un objeto de tal forma que se haga merecedor de la aplicación de la multa correspondiente. Mi opinión es que debe haber culpa de su parte y que esta forma de responsabilidad es la que contemplaba el edicto".

Parece antihistórico hablar de responsabilidad objetiva y subjetiva respectivamente, como de criterios más progresivos o más primitivos de valoración de la responsabilidad, o sobre otro plano, como atenuación o agravamiento de la misma responsabilidad. En realidad, se trata solamente de dos criterios diversos de valoración, y el problema radica únicamente en ver si corresponden a la exigencia y a las concepciones doctrinales de aquel determinado período. La tendencia actualmente dominante, demuestra que el criterio objetivo puede ser tanto o incluso más adaptado a las exigencias del progreso que el subjetivo.[1176]

También se preveía la acción noxal si el que puso una cosa de manera riesgosa fue un esclavo sin que su dueño lo sepa (D. 9. 3. 5. 6 *in fine*). No se hace referencia en el Edicto al caso del *filius*, aunque debió estar previsto en la redacción original y ser suprimido luego por la actividad de los compiladores.[1177]

III. Recepción en el derecho intermedio: las Siete Partidas

Las Partidas de Alfonso X siguieron con singular fidelidad la tradición romana, en donde se reprodujeron las normas creadas por el pretor. Así lo podemos encontrar en la Partida Séptima, que trata sobre *"Todas las acusaciones e maleficios que los omes fazen e que pena merescen auer por* ende", en el Título XV *"De los daños que los omes, o las bestias fazen en las cosas de otro de qual natura quier que sean"*, en

[1176] LUZZATTO, G. (1960). Spunti critici in tema di responsabilità conttratuale. *BIDR*, (63), pp. 71 y ss.

[1177] ALBA CRESPO, *Acciones e interdictos populares…, op. cit.*, pp. 26 y ss; BARRÍA DÍAZ, El daño causado…, *op. cit.*, 382.

las leyes 25 y 26. La primera, "*Como el que echare de su casa huessos, o estiércol en la calle deue pechar el daño que fiziere a los que passaren por y",* enuncia:

> *Echan los omes a las vegadas de las casas donde moran, de fuera en la calle agua, o huessos, o otras cosas semejantes; e maguer aquellos que las echan non lo fazen con intención de fazer mal, pero si acaesciesse que aquello que assi echassen fiziesse daño, o en paños, o en ropa de otros: tenudos son de lo pechar doblado los que en la casa moran. E si por auentura, aquello que assi echassen matasse alguno me tenudo es el que mora en la casa de pechar cincuenta marauedies de oro; la meytad a los herederos del muerto, e la otra meytad a la Camara del Rey; porque son en culpa, echando alguna cosa en calle por do passan los omes, de que puede venir daño a otri. Es si muchos omes morassen en la casa, donde fuesse echada la cosa que fiziesse el daño, quier fuesse suya, o la tuuiessen alogada, o emprestada, todos desso vno son tenudos de pechar el daño, si non supiessen ciertamente qual era aquel por quien vino. Pero si lo supiessen, el solo es tenudo de fazer emienda dello, e non los otros. E si entre aquellos que morassen cotidianamente en la casa, ouiesse alguno que fuesse huesped, aquel nones tenudo de pechar ninguna cosa en la enmienda del daño, que assi acaesciesse. Fueras ende si el mesmo lo ouiesse fecho.*

En tanto, la Ley 26, *"Como los hostaleros que tienen colgadas algunas cosas a las puertas las deuen poner de manera que non fagan daño a otri"*, sostiene:

> *Cvelgan a las vegadas los hostaleros, o otros omes ante las puertas de sus casas algunas señales porque sean posadas mas conocidas por ello: assi como semejança de cauallo, o de león, o de can, o de otra cosa semejante. E porque aquellas señales que ponen para esto estan colgadas sobre las calles por do andan los omes, mandamos que aquellos que las y ponen, que las cuelgun de cadenas de fierro, o de otra cosa cualquier de manera que no puedan caer, nin fazer daño. E si por ventura alguno tuuiesse la señal colgada de guisa que sospechassen que podria caer, e lo acusassen dello, o lo fallassen en verdad que podria caer e fazer*

daño, maguer non cayesse, nin lo fiziesse: mandamos que por la perza que ouo en non la tener atada como deuia, que peche diez marauedies de oro los cinco al acusador, e los cinco a la Camara del Rey. E demas deuela tollier de aquel lugar, o tenerla y, deguisa que non pueda caer, nin faga daño. E si aquella cosa que y estuuiesse colgada cayesse, e fiziesse daño a otro: tenudo es aquel cuya es la casa donde esta colgada de pechar el daño doblado. E si por aventura el daño fuesse de muerte de ome: mandamos que peche cincuenta marauedies de oro, en la manera que diximos en la ley ante de esta, que deuia pechar el que lo matasse echando alguna cosa en la calle de la casa do moraua.[1178]

De esta manera la normativa alfonsina respetó en casi todas sus partes el modelo romano, sobre todo en lo que se refiere a la *actio de effusis vel deiectis*. Pero en la *actio de positis vel suspensis* se introduce una novedad importante: su ámbito de aplicación se reduce, al circunscribirla exclusivamente a cosas que se cuelgan o suspenden en el ejercicio de algún comercio o industria. Es necesario destacar, que al igual que lo hacía el edicto de *effusis vel deiectis*, esta Partida estableció lo que actualmente denominamos responsabilidad colectiva como forma de solución al problema de imputación que se originaba en caso de haber sido varios los ocupantes de la vivienda, desde donde se arrojó el objeto dañoso, sin que se supiera quién había sido el autor del hecho.[1179]

[1178] MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1885). *Códigos Antiguos de España* (p. 643). Tomo I. Administración Arco de Santa María; PARELLADA, Responsabilidad colectiva…, *op. cit*., 11. LLAMBÍAS, *Código Civil Anotado…, op. cit.,* p. 521; LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil…, op. cit.,* p. 421; BARRÍA DÍAZ, El daño causado*…, op. cit.*, 384 y ss.

[1179] BARRÍA DÍAZ, El daño causado…, *op. cit.*, 384 y ss; RAMOS MAESTRE, La responsabilidad civil…, *op. cit*., 27. "Si bien las Partidas de Alfonso X respetaron el modelo romano, sin perjuicio de la incorporación de algunos aportes originales y propios a ambos tipos de *actio*, como por ejemplo el abandono de la responsabilidad

IV. La responsabilidad colectiva en el Código Civil de Vélez Sarsfield: el artículo 1119, 3° párrafo

Nuestro codificador siguió con la tradición romanista, inspirándose en el modelo de Freitas (Esbozo 3665, inc. 5) y citó en la nota del artículo 1119 del Código Civil a las fuentes romanas y a las Partidas. En cambio, otros códigos siguieron el modelo francés y prefirieron omitir la mención de una hipótesis particular que era de fácil solución por el juego de los principios generales. El artículo 1119, 3º parte, del Código Civil argentino, ofrecía una hipótesis de responsabilidad colectiva cuando disponía:

> A los padres de familia, inquilinos de la casa, en todo o en parte de ella, en cuanto al daño causado a los que transiten, por cosas arrojadas a la calle, o en terreno ajeno, o en terreno propio sujeto a servidumbre de tránsito, o por cosas suspendidas o puestas de un modo peligroso que lleguen a caer; pero no cuando el terreno fuese propio y no se hallase sujeto a servidumbre de tránsito. Cuando dos o más son los que habitan la casa, y se ignora la habitación de donde procede, responderán todos del daño causado. Si se supiera cuál fue el que arrojó la cosa, él solo será responsable.

---

objetiva que se podía observar en los edictos de *effusis* y de *positis*, para pasar a exigir la culpa del sujeto responsable, como se desprende de la expresión: porque son en culpa, echando alguna cosa en la calle". En contra TOMÁS MARTÍNEZ, G. (2001). La responsabilidad del *habitator* en la *actio de effusis et deiectis* y su alcance actual. Arículo 1910 del Código Civil Español. *La Responsabilidad Civil de Roma al Derecho Moderno: IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (pp. 855 y ss). Universidad de Burgos. "La responsabilidad que establecían las Partidas era objetiva y que con la remisión a la culpa lo que se buscaba era recalcar que al morador de la casa le era imputable el daño por el solo hecho de producirse".

Esta norma citada se encontraba vinculada con el artículo 95 del Código Penal, por lo que la doctrina y la jurisprudencia admitían la responsabilidad colectiva basándose en ellos.[1180]

[1180] LLAMBÍAS, *Código Civil Anotado…, op. cit*., p. 520; LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho …, op. cit.,* p. 422; SCHIPANI, S. (2007). *Código Civil de la República Argentina. Con la traducción de Idelfonso García del Corral de las fuentes romanas citadas por Dalmacio Vélez Sársfield en las notas.* (p. 385 y ss). Rubinzal Culzoni; GREGORINI CLUSELLAS, La responsabilidad colectiva…, *op. cit*., 841; ALTERINI, A., AMEAL, O., & LÓPEZ CABANA, R. (1996). *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales* (pp. 813 y ss). Abeledo Perrot; GARRIDO CORDOBERA, La responsabilidad Colectiva…, *op. cit*., 103; CIFUENTES, S., & SAGARNA, F. (2011). *Código Civil: comentado y anotado. Tomo II. Arts. 801 a 1136* (pp. 830 y ss). La Ley. "El art. 95 del Cód. Penal dispone: cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quienes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte y de uno a cuatro en caso de lesión. Esta norma con el artículo 1119 del Cód. Civil, están vinculadas, pero el derecho penal exige que la persona haya ejercido violencia sobre el ofendido, toda vez que distinto es el efecto en el derecho penal que en el civil, mientras aquél tiende a determinar el sujeto que será punible de sanción, éste sino lo individualiza responsabiliza al grupo determinado. Si el hecho fue juzgado en el fuero penal, la sentencia recaída habrá identificado al autor o autores que ejercieron la violencia, lo que conducirá al juez civil a que lo tenga como responsable civil"; CAPUTTO, M. (2011). Responsabilidad colectiva: daños causados por miembros no identificados de grupo determinado. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, (11), 39 y ss. "El art. 1119 en su parte final regula la responsabilidad colectiva. Esta disposición conjuntamente con otras contenidas en el derecho positivo argentino tales como el art. 95 del Cód. Penal tipifica el delito de lesiones u homicidio ocasionados en riña presume la autoría de todos los que ejercieron violencia sobre la víctima; el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, consagra la responsabilidad

Con la reforma del Código Civil por la Ley 17.711 de 1968 se incorporó al artículo 1113 un segundo párrafo donde hacía referencia a los daños causados con intervención de cosas. En efecto, el perjuicio ocasionado por cosas arrojadas desde una casa, se ubicaba dentro de la hipótesis del daño causado por el hombre, valiéndose o utilizando una cosa, mientras que cuando se trataba de cosas colocadas o suspendidas de manera que puedan caer o lesionar a transeúntes es obvio que esta circunstancia generaba la probabilidad de producir un daño, que es lo que tipifica al riesgo.[1181]

La naturaleza de esta responsabilidad era extracontractual, ya que el damnificado no mantenía ninguna relación jurídica con el responsable, pero la característica del daño sufrido lo convertía en

---

solidaria del productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, y de quien haya puesto la marca del producto o servicio por los daños causados al consumidor a raíz del vicio o riesgo de la cosa o servicio objeto del contrato; el art. 31 de la Ley General del Ambiente 25.675 que dispone que si en la comisión del daño ambiental colectivo hubieran participado dos o más personas…. sino fuera posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente frente a la sociedad (…); y el art. 33 de la Ley de Espectáculos Deportivos 23.184 prevé un factor objetivo de atribución, el deber de seguridad, a organizadores y promotores del mismo, con responsabilidad solidaria a quiénes se añade el dañador si es identificado". PARELLADA, *Responsabilidad colectiva…, op. cit*., 17 y ss: "En los dos supuestos previstos de responsabilidad colectiva había autoría anónima, pues ambos presuponían la falta de identificación del autor que había provocado el daño. Estas normas fueron las que sirvieron para una teorización acerca de la responsabilidad colectiva y permitieron que se extendieran analógicamente a los casos que presentaban elementos similares".

[1181] TRIGO REPRESAS & LÓPEZ MESA, *Tratado de Responsabilidad Civil…, op. cit*., p. 1318; PIZARRO, R. (1995). La responsabilidad civil derivada de cosas inertes ubicadas riesgosamente. En *La responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg* (pp. 415 y ss). Abeledo Perrot.

acreedor de la respectiva indemnización. Además, dentro de este género, se trataba de una responsabilidad indirecta porque el autor del daño no se identificaba con el amo de casa o inquilino, dado que si mediaba tal identificación el amo de casa o inquilino no respondía en ese carácter, sino como autor del hecho dañoso y en virtud de lo establecido en el artículo 1109 del Código Civil. Lo peculiar de la presente responsabilidad era que, originada en el hecho de un tercero anónimo, desaparecía cuando se establecía la identidad del mismo.[1182]

La doctrina se encontraba dividida respecto al fundamento de esta responsabilidad. Para una parte, se trataba de un factor de atribución subjetivo, basado en una culpa *in vigilando,* dado que la obligación de reparar un daño anónimo que se originó en un lugar sometido a nuestra custodia reside en el descuido en el ejercicio de la autoridad doméstica respectiva. El daño acaecido pone de manifiesto una culpa o negligencia en el desempeño de esa autoridad. En cambio, la otra corriente de la doctrina sostenía que se trataba de un factor de atribución objetivo o sin culpa, basada en el riesgo creado, que encuentra su razón de ser en presumirlos a todos los vinculados con el evento dañoso, en virtud de habitar el edificio desde el que cayó o fue arrojada la cosa, con prescindencia de cualquier investigación sobre la culpa, por lo que ampara a los transeúntes contra las agresiones torpes o negligentes que pueden emanar de los edificios frente a los cuales transitan.[1183]

[1182] LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil…, op. cit*., p. 423; LLAMBÍAS, *Código Civil Anotado…, op. cit.*, p. 522.

[1183] TRIGO REPRESAS & LÓPEZ MESA, *Tratado de Responsabilidad Civil…, op. cit.,* pp. 1319 y ss; ALTERINI, AMEAL & LÓPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones Civiles…, op. cit.*, p. 815 y ss; LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil…, op. cit*., pp. 424 y ss; LLAMBÍAS, *Código Civil Anotado…, op. cit*., p. 522 y ss; SALVAT, *Tratado de Derecho Civil…, op. cit*., p. 182.

Los supuestos en que existía la responsabilidad por cosas arrojadas o suspendidas peligrosamente se daba en tres casos: 1) cuando las cosas eran arrojadas o suspendidas sobre la calle pública, porque está destinada al tránsito de las personas y hay deber de abstenerse de cualquier acto perjudicial; 2) cosas arrojadas o suspendidas sobre terreno ajeno, porque no hay derecho a usarlo, mucho menos en forma que pueda resultar perjudicial para sus ocupantes o dueños; y 3) cosas arrojadas o suspendidas sobre terreno propio sujeto a servidumbre de tránsito, porque el derecho del propietario del terreno se encuentra limitado y en consecuencia debe abstenerse de cualquier hecho o uso que pueda afectar el ejercicio de la servidumbre. Esta responsabilidad no existe cuando se trata de un terreno propio no sujeto a servidumbre de tránsito, dado que el perjuicio que pueda sufrir deriva de su propia culpa por atravesar terrenos de exclusiva propiedad de otros individuos.[1184]

La presente responsabilidad estaba subordinada a los siguientes requisitos: a) que el daño haya sido causado con cosa arrojada desde una casa, o suspendida y expuesta a caer; b) que quien ha arrojado la cosa causante del daño no haya sido identificado; c) que el demandado haya sido al tiempo del daño la persona que tiene autoridad doméstica sobre el lugar originario del daño; y d) el damnificado debe haber sido perjudicado encontrándose en la vía pública, o en terreno que sea ajeno del responsable, o que siendo propio de éste estuviese gravado con una servidumbre de tránsito.[1185]

Respecto a la legitimación pasiva, eran responsables los padres de familia e inquilinos de la casa. Dicha norma poseía una deficiente

---

[1184] SALVAT, *Tratado de Derecho Civil Argentino…, op. cit*., pp. 182 y ss; TRIGO REPRESAS & LÓPEZ MESA, *Tratado de Responsabilidad Civil…, op. cit*., pp. 1320 y ss.

[1185] LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil…, op. cit*., p. 427 y ss; LLAMBÍAS, *Código Civil Anotado…*, *op. cit*., pp. 522 y ss.

redacción, daba la impresión de que la ley excluía de responsabilidad a los que habitaban en casa de su propiedad, lo cual sería un absurdo. Debía entenderse que el artículo se refería a los jefes de familia o principales, siendo indiferente la calidad de dueños o locatarios. La terminología "en cabeza de los jefes de familias" no es corriente en nuestros días, lo que no implica que deba liberarse de responsabilidad a las personas solteras, casadas sin hijos o viudos que no tengan descendencia. El artículo 1119 del Código Civil es antiguo por diversos factores: 1) fue pensado para un sistema de derecho real, que prohibía la propiedad horizontal y donde las propiedades por pisos o departamentos eran una excepción y constituían un inquilinato; 2) luego de la sanción de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal, el artículo quedó sin reformar, lo que implicó consagrar una anomalía legislativa, pues no coincide el legitimado pasivo en la propiedad horizontal, que es el consorcio con el de la responsabilidad establecida en el apartado en cuestión; y 3) la sanción de las leyes de Equiparación de Derechos Civiles de la Mujer 11.357 y de Patria Potestad Compartida 23.264 hizo que ya no pueda hablarse con propiedad de la existencia de un jefe de hogar. Por consiguiente, se debe interpretar que resultan responsables las personas que tienen la autoridad familiar sobre quienes conviven con ellos y mantienen trato doméstico, sin que importe el estado civil, la existencia de hijos parientes o empleados. No interesaba el título jurídico que autoriza ese control, sea como propietario, usufructuario, usuario, poseedor, locatario, comodatario, depositario o simple detentador del inmueble. Lo que importaba era la efectiva posibilidad de que se haya tenido de dirigir y encauzar la actividad de las personas que se encontraban en un lugar sujetos a la autoridad doméstica o privada de alguien: quien ejercía esa autoridad era el comprometido por la responsabilidad analizada.[1186]

[1186] TRIGO REPRESAS & LÓPEZ MESA, *Tratado de Responsabilidad Civil…, op.*

Este artículo en cuestión planteaba dos soluciones distintas para la distribución de la responsabilidad: 1) Responsabilidad exclusiva y excluyente del jefe de familia que habitaba en el lugar, si se podía determinar que la cosa fue arrojada o cayó de una de las habitaciones correspondientes a su casa o departamento; y 2) Responsabilidad de todos los jefes de familia que habitaban en el inmueble, si se desconocía de qué habitación procedió la cosa dañosa, aunque no en forma solidaria, sino mancomunada, por virtud de lo que disponía el artículo 1121 del Código Civil que decía: "(…) si fuesen dos o más los padres de familia o inquilinos de la casa, no serán solidariamente obligados a la indemnización del daño; sino que cada uno de ellos responderá en proporción a la parte que tuviere (…)". Sobre este punto no había consenso, siendo dos las principales opiniones: a) la obligación que surge de la hipótesis de la responsabilidad colectiva es simplemente mancomunada, porque así lo establecía el artículo 1121 del Código Civil y ésta era refrendada en el artículo 1135 del Código Civil, lo que era sostenido por Llambías, Borda, López Cabana y Lorenzetti, entre otros; y b) otros autores como Caputto, Saux, Mosset Iturraspe, Pizarro, Palmero, Garrido Cordobera y Beati consideraban que este supuesto de responsabilidad colectiva acarreaba la obligación de responder solidaria y concurrente (*in solidum*), que permitía a la víctima la reparación integral.[1187]

---

cit., pp. 1322 y ss; LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil…, op. cit*., pp. 424 y ss; LLAMBÍAS, *Código Civil Anotado…*, *op. cit*., pp. 521 y ss.

1187 TRIGO REPRESAS & LÓPEZ MESA, *Tratado de Responsabilidad Civil…, op. cit*., pp. 1323 y ss. "Esta norma no resulta clara, puesto que no precisa sobre qué ha de versar tal participación; por lo cual se han sostenido distintas teorías, para dar solución al problema. Cammarota afirma que la caída de las cosas suspendidas o arrojadas peligrosamente, obligará a los padres de familia en proporción al interés que tengan en la propiedad del negocio o, de ser inquilinos, en la extensión de su condición de tales. Una variante de esta tesitura es lo afirmado por Borda, que

La víctima de un daño ocasionado tenía dos acciones, una contra el autor y otra contra el tercero civilmente responsable, es decir, contra la persona que responde por el autor. De tal modo, podía accionar por el total del daño contra cualquiera de ellos o contra los dos conjuntamente. Así lo establecía el artículo 1122 del Código Civil, que disponía: "Las personas damnificadas por los dependientes o domésticos pueden perseguir directamente ante los tribunales civiles a los que son civilmente responsables del daño, sin estar obligados a llevar a juicio a los autores del hecho". Pero una vez cobrada la indemnización de uno, no podía pretenderla del otro, porque en ese caso sería un enriquecimiento sin causa. El que ha pagado a la víctima una indemnización generada por el hecho dañoso cometido por su dependiente o doméstico, poseía una acción de recurso contra éste para reclamar todo lo que hubiere pagado. El artículo 1123 del Código Civil lo expresaba de la siguiente manera: "El que paga el daño causado por sus dependientes o domésticos, puede repetir lo

---

establece la participación con arreglo al porcentaje de dominio de cada uno de los jefes de familia, según el régimen de la propiedad horizontal y por último, la corriente mayoritaria sostiene que debe primero atenderse al grado o intensidad de las respectivas culpas, que si esta determinación no es posible, habrá de tomarse en cuenta el mayor o menor interés patrimonial de los coobligados y si esto tampoco fuera factible se considerará que todos responden por partes iguales, con arreglo a lo que disponen los arts. 691 y 689, inc.3 del Código Civil"; CAPUTTO, Responsabilidad colectiva*…, op. cit*., 42 y ss; GREGORINI CLUSELLAS, La responsabilidad colectiva…, *op. cit.*, p. 845; LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil…, op. cit.,* p. 431; LLAMBÍAS, *Código Civil Anotado…*, *op. cit*., p. 524; GARRIDO CORDOBERA, La responsabilidad Colectiva…, *op. cit.*, pp. 102 y ss; CIFUENTES & SAGARNA, *Código Civil…, op. cit*., p. 829; PARELLADA, Responsabilidad colectiva…, *op. cit*., 26 y ss; SALVAT, *Tratado de Derecho Civil…, op. cit*., p. 184; BORDA, G. (1998). *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones* (pp. 267 y ss). Tomo II. Abeledo Perrot.

que hubiese pagado del dependiente o doméstico que lo causó por su culpa o negligencia.[1188]

La responsabilidad del dueño de casa cesaba cuando éste lograba comprobar que la efectiva causa del daño cuya reparación se pretendía poner a su cargo radicaba en la culpa de la víctima (artículo 1111 del Código Civil) o en un caso fortuito o fuerza mayor, noción en

[1188] CIFUENTES & SAGARNA, *Código Civil…, op. cit*., p. 660; BORDA, *Tratado de Derecho Civil…, op. cit*., pp. 269 y ss; LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil…, op. cit*., pp. 219 y ss. "Pese a que la ley no lo pone de relieve, mediante una aclaración expresa, es indudable que el damnificado puede prescindir de su acción contra el civilmente responsable y demandar la reparación del daño exclusivamente contra el autor del hecho responsable directo, sobre la base de lo dispuesto en el art. 1109 del Código Civil y demás principios generales: la responsabilidad refleja no sustituye a la responsabilidad directa sino se acumula a ella, a favor del damnificado"; TRIGO REPRESAS & LÓPEZ MESA, *Tratado de Responsabilidad Civil…, op. cit*., pp. 933 y ss y 1327 y ss. "Se sostiene, en general que el fundamento de esta acción radica en el hecho de ser el que paga un tercero que satisface una deuda ajena: quien en realidad ha violado el deber legal de no dañar a los demás es el dependiente, y el principal responde aunque su conducta no merezca reproche alguno. Porque no es deudor, puede reclamar de su dependiente, quien sí tiene esa calidad, por ser el infractor del deber jurídico, la totalidad de lo pagado con ese motivo. Otros, en cambio no comparten esta concepción que convierte al civilmente responsable en un tercero frente al damnificado, no obstante ser su deudor. Cuando aquél paga la indemnización, satisface una deuda propia que deriva de su propia responsabilidad. Lo que produce confusión es que se trata de una responsabilidad propia originada en un hecho ajeno: es la realización de este hecho bajo ciertas condiciones lo que simultáneamente hace nacer tanto la deuda del autor del daño como la deuda del civilmente responsable, que no puede ser caracterizado como un tercero frente a su propio acreedor, el damnificado". GHERSI, C. et al. (1999). *Responsabilidad Objetiva. El artículo 1113 y la ley 24.999* (pp. 85 y ss). Ediciones Jurídicas Cuyo; SALVAT, *Tratado de Derecho Civil…, op. cit*., pp. 185 y ss.

la que quedaba comprendida la culpa de un tercero por quien el demandado no debía responder. Además, existía una causa específica de eximición: cuando fueran varios los jefes de familia demandados y alguno de ellos pudiere demostrar desde dónde partió el objeto que causó el daño, solo será responsable el que habite ese lugar y no todos los restantes (artículo 1119 del Código Civil).[1189]

V. Los proyectos de reforma

Los proyectos integrales de reforma de nuestro Código Civil reprodujeron la norma particular tradicional, mejorada en su expresión formal. Así lo hicieron el anteproyecto de Bibiloni en el artículo 1427, el proyecto de 1936 en el artículo 891 y el anteproyecto de 1954 en el artículo 1084. El Proyecto de Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales de 1987, en su artículo 1118, tomó la hipótesis de daños causados por una cosa arrojada o caída, y en el artículo 1119 estableció el riesgo como factor de atribución y fijó la responsabilidad solidaria de los responsables en reemplazo de la simplemente mancomunada y disponía: "(…) el daño proveniente de la actividad de un grupo de individuos que sea riesgosa para terceros, los hace responsables solidarios. Solo se liberará quien demuestre que no participó en la causación del daño". No se imponía como requisito que el autor del daño no se encontrara identificado. El proyecto del Poder Ejecutivo Nacional de 1993, en su artículo 1594, repitió la norma y el proyecto de la Cámara de Diputados del mismo año

[1189] TRIGO REPRESAS & LÓPEZ MESA, *Tratado de Responsabilidad Civil…, op. cit.*, p. 1325; CIFUENTES & SAGARNA, *Código Civil…, op. cit.*, p. 830; LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil…, op. cit.*, pp. 430 y ss; LLAMBÍAS, *Código Civil Anotado…, op. cit.*, p. 524.

reconocía el carácter de eximente de la responsabilidad a "la prueba de que el agente no integre el grupo o la identificación del causante del daño". Por su parte, el Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial de 1998 regulaba bajo el título de "Responsabilidad Colectiva", en su artículo 1672, el supuesto de "cosa suspendida o arrojada" y en el artículo 1673 la "actividad peligrosa de un grupo", estableciendo que "si un grupo realiza una actividad mediante la cual se crea un peligro extraordinario para la persona o para los bienes de terceros, todos sus integrantes responden solidariamente del daño causado por uno o más de sus miembros; solo se libera quien demuestra que no participó en su causación".[1190]

VI. La legislación comparada

Existen en el derecho comparado dos vertientes claramente diferenciadas en la consagración legislativa de la responsabilidad colectiva: a) Mediante una norma general que la reconoce, aquí nos encontramos con el Código alemán, en el artículo 830 del BGB, que expresa: "(…) si varios han causado un daño por un acto ilícito realizado en común, cada uno de ellos es responsable del daño. Lo mismo vale si no se puede saber quién, entre varios partícipes, ha causado el daño con su acto (…)". El Código japonés, en el artículo 719, dispone: "(…) cuando varias personas han causado un daño a otra por un ilícito cometido en común, están obligadas solidariamente a la reparación del daño. Lo mismo ocurre

[1190] GREGORINI CLUSELLAS, La responsabilidad colectiva…, *op. cit*., p. 852; LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil…, op. cit*., p. 422; LLAMBÍAS, *Código Civil Anotado…, op. cit*., p. 521; ALTERINI, AMEAL & LÓPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones Civiles…, op. cit.,* p. 817.

cuando es imposible reconocer cuál de los coautores ha causado el daño". Solución similar adopta el Código Civil Polaco en su artículo 137; b) Por medio de disposiciones específicas que se refieren a casos concretos, en ella se enrolan el Código de Chile, donde el artículo 2328 prescribe: "El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas; a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente (…)". En tanto, el Código Civil de Brasil, en el artículo 1529, expresa: "(…) aquel que habitare una casa o parte de ella responde por el daño proveniente de las cosas que cayeran o fueran lanzadas desde ella, en lugar indebido". El Código de Uruguay, en el artículo 1330, dispone: "(…) el daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todos ellos; a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o dolo de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ella". De manera similar lo hace el Código colombiano, en el artículo 2355, el Código de El Salvador, en el artículo 2079, el Código de Luisiana, en el artículo 177, el Código de Ecuador, en el artículo 2255, el Código de Guatemala, en el artículo 1672, el Código de Perú, en los artículos 1970 y 2255, el Código de Paraguay, en los artículos 1846 y 1851, el Código de Bolivia, en los artículos 995 y 998, el Código de Puerto Rico, en el artículo 1811, y el Código de Panamá, en el artículo 1652. Estos dos últimos prevén una solución similar a la establecida en el Código Civil español en su artículo 1910, que establece que "el cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable por los daños causados por las cosas que se arrojaren o cayeren de la misma".[1191]

[1191] GARRIDO CORDOBERA, *La responsabilidad Colectiva…, op. cit.*, pp. 87

VII. ¿Qué se entiende por responsabilidad colectiva?

La modificación de las conductas humanas ha sido uno de los detonantes para la adopción de manera definitiva del sistema de responsabilidad objetiva y del riesgo como criterio de imputación. Al industrializarse y masificarse las actividades productivas, con la incorporación de maquinarias se produjeron beneficios sociales, pero también aumentaron los peligros para la comunidad, al igual que las consecuencias dañosas. Ello, sumado a que la responsabilidad por culpa mostró una insuficiencia para que el deber de responder se efectivizara frente a ciertos supuestos en los que el autor era desconocido, pero que se encontraba dentro de un grupo determinado, lo que llevó a hablar de una culpa en común. Además, se descubrió que a las tradicionales, acción humana individual, el hecho de las cosas y de los animales se adicionaba otro supuesto: la acción del hombre en grupo o acción del grupo. Por lo tanto, la responsabilidad colectiva surge como consecuencia de estos cambios y se trata de un fenómeno que puso en crisis al factor de atribución culpa y que agrega una nueva manifestación de la acción humana: la grupal.

---

y ss. "Además el derecho alemán tiene unos supuestos que ha denominado responsabilidad colectiva por daños causados por tumultos civiles y guerras (Ley Federal de Pensiones de 1950, Ley de nivelación de Cargas de 1952), que establecen una responsabilidad colectiva por daños derivados de perturbaciones civiles y por los sufridos por personas y cosas a consecuencias de los hechos de la guerra"; GREGORINI CLUSELLAS, *La responsabilidad colectiva…, op. cit*., pp. 853 y ss. "En el derecho anglosajón a través del *case system* se llegó también a consagrar la responsabilidad colectiva, cuando la Corte de California resolvió favorablemente un caso fundando la responsabilidad por un hecho pluriparticipado realizado por dos sujetos"; ALTERINI, AMEAL & LÓPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones Civiles…, op. cit*., p. 814; LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil…, op. cit*, p. 422; BARRÍA DÍAZ, El daño causado…, *op. cit*., pp. 40 y ss.

En consecuencia, podemos definir a la responsabilidad colectiva, o denominada también anónima o grupal, como aquella que se da cuando el daño es ocasionado por un agente no identificado, que pertenece a un grupo circunstancial determinado, es decir, que el grupo está delimitado pero no se conoce quién fue el sujeto que causó materialmente el perjuicio.[1192]

[1192] BARRÍA DÍAZ, El daño causado…, *op. cit.,* p. 7; CAVANILLAS, S. (1987). *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia* (p. 128). Aranzadi. "Las debilidades técnicas de la responsabilidad por culpa se manifiestan por la dificultad que su prueba suele implicar para la víctima, lo que hizo aparecer la necesidad de un sistema de responsabilidades que asegurase el resarcimiento de los perjuicios sobrevenidos por actividades modernas, satisfaciendo las ansias de justicia social, experimentadas por masas cada vez más desconectadas con las vías de reparación que les ofrecían los tradicionales sistemas del Derecho de daños"; PARELLADA, *Responsabilidad colectiva*…, *op. cit.,* 5 y ss. GARRIDO CORDOBERA, *La responsabilidad Colectiva…, op. cit*., pp. 83 y ss. "Los nuevos fenómenos sociales presentan a las personas en grandes aglomeraciones, que influyen en el concepto clásico de conducta y acción humana acerca del espectro de la figura del ilícito, y fundamentalmente en materia de responsabilidad, donde se plantea la cuestión si los daños causados por grupos en determinadas circunstancias traen la aplicación de la responsabilidad colectiva. Hoy en día se ve la reiteración de hechos dañosos producidos por grupos de personas, no pudiendo individualizarse al autor o autores, y esto, unido al consenso de que no debe dejarse a la víctima sin reparación del daño sufrido, ha llevado a tratar de establecer soluciones". TANZI, S., & HUMPHREYS, E. (2004). La responsabilidad colectiva y su tratamiento en el Derecho Argentino. En *Temas de Derecho Civil, Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley* (p. 563). Colección Libros Homenaje Nº 14, Tribunal Supremo de Justicia; CIFUENTES & SAGARNA, *Código Civil: comentado y anotado…, op. cit.,* p. 830; TRIGO REPRESAS & LÓPEZ MESA*Tratado de Responsabilidad Civil…, op. cit*., p. 287; CAPUTTO, Responsabilidad colectiva…, op. cit., p. 40; FRANCO, H. (2009). El límite de la responsabilidad colectiva y solidaria por daño ambiental. *La*

La distinción entre la responsabilidad individual y la colectiva resulta de la circunstancia de que el daño como elemento indispensable para que exista responsabilidad civil puede resultar de la actuación individual del agente (responsabilidad individual) o de la concurrencia de varios sujetos relacionados entre sí de modos diversos, que produzcan el resultado dañoso. Pero no toda pluriparticipación implica responsabilidad colectiva, aun cuando ésta la supone, pudiendo haber actuación plural con responsabilidad individual. Para deslindar la responsabilidad individual de la colectiva se debe especificar que la participación plural conducente a la antijuricidad puede realizarse: a) Por medio de la intervención conjunta, en donde varias personas colaboran desde distintos niveles de participación en la producción del acto ilícito dañoso. Esta intervención plural puede revestir la forma de coautoría o de mera participación, este último caso se da cuando varias personas sin concertación previa entre sí realizan actos culposos coincidentes en tiempo y lugar, que constituyen la causa común de un daño único. La responsabilidad es individual, pues los dañadores están individualizados y todos produjeron el daño; b) Mediante la intervención concurrente o acumulativa, donde varias personas intervienen realizando actos independientes entre sí que producen un resultado único dañoso. La particularidad es que cada una separadamente igual hubiese producido el daño. Éste también es un supuesto de responsabilidad individual, y a todos se les imputa el daño ocasionado; c) Por medio de la intervención disyuntiva o alternativa son responsables del hecho dañoso dos o más personas, y se conoce con certeza que una de ellas en forma excluyente lo causó, desconociéndose el responsable directo. Es imposible acreditar el nexo causal entre cada uno de los sujetos actuantes y el daño, supuesto que se presenta en todos los casos en que el mismo resulta

---

Ley 2009-C, 761. LÓPEZ CABANA, R. (1995). *La responsabilidad Civil Objetiva* (p. 183). Abeledo Perrot.

de la acción de un individuo no identificado integrante de un grupo determinado. Es el antecedente de la responsabilidad colectiva, que desencadenó la polémica entre soportar la irresponsabilidad de todos los integrantes por carencia de prueba directa, o de hacer prevalecer a la víctima y admitir la responsabilidad de todos, sustentada con diversos fundamentos. Ellos son:

- **Teoría de la personalidad moral:** La situación fáctica de los integrantes del grupo guardaría analogía con la realidad de una persona de hecho. Ésta tiene escasa aceptación y es cuestionable.

- **Teoría de la dispensa probatoria a favor del damnificado e inversión del *onus probandi*:** Sostiene que, habiéndose acreditado la responsabilidad individual de un miembro de un grupo, a cuyo respecto se cumplen los presupuestos legales, se dispensa a la víctima de individualizar al responsable, trasladando la carga probatoria a los integrantes del grupo o conjunto de participación plural. En caso de que no lo individualicen, serán todos responsables. Cada uno de los responsables presuntos tiene la posibilidad de acreditar su desvinculación del hecho dañoso y dejar de serlo.

- **Teoría de la culpa común de los miembros del grupo:** Ellos con su coparticipación generaron una situación en la cual la víctima se encuentra impedida de identificar y hacer efectiva la responsabilidad individual del autor del daño. Por esa culpa y su efecto en sí mismo dañoso corresponde la responsabilidad del conjunto.

- **Teoría de la presunción de la causalidad fundada en el riesgo creado:** Se refuta la idea de presunción de culpa, en razón de poderse acreditar la exención de responsabilidad y que no podría ingresarse al terreno de la imputabilidad sin definir previamente

la causalidad. La imputación subjetiva supone individualizar un sujeto al cual atribuirle dolo o culpa, lo cual no sucede en la responsabilidad colectiva.[1193]

La responsabilidad colectiva se halla perfilada en los supuestos comunes del sistema unitario de la responsabilidad civil, ya que se dan los siguientes elementos: 1) la antijuricidad, 2) la dañosidad, 3) la imputabilidad a todos los integrantes del grupo por tratarse de un autor anónimo que provocó el daño y 4) la causalidad, dado que el daño se encuentra en relación causal adecuada con la acción del conjunto a título de consecuencia mediata. Los supuestos de la responsabilidad colectiva son: la falta de individualización del autor del daño, el daño a terceros ajenos al grupo, la prueba de la participación de todos los autores posibles en la acción riesgosa del grupo, ya sea lícita o ilícita, el nexo causal entre el daño y la acción con la participación plural.[1194]

[1193] GREGORINI CLUSELLAS, La responsabilidad colectiva…, *op. cit*., 841 y ss; CIFUENTES & SAGARNA, *Código Civil: comentado y anotado…, op. cit*., p. 830. PARELLADA, Responsabilidad colectiva*…, op. cit.,* pp. 21 y ss. FRANCO, El límite de la responsabilidad…, *op. cit*., 762 y ss; LORENZETTI, R. (1996). Responsabilidad colectiva, grupos, y bienes colectivos. *La Ley 1996-D*, 1058 y ss; TANZI, S. (1997). Responsabilidad colectiva. En *Responsabilidad por daños en el Tercer milenio, libro Homenaje al Profesor Doctor Atilio Alterini* (p. 237). Abeledo Perrot; GARRIDO CORDOBERA, La responsabilidad Colectiva…, *op. cit*., 101 y ss.

[1194] GARRIDO CORDOBERA, La responsabilidad Colectiva…, *op. cit*., 99 y ss; GARRIDO CORDOBERA, L.; *El Derecho de Daños frente a una nueva realidad,* en Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Buenos Aires 2007, pág, 589. CAPUTTO, M.; *Responsabilidad colectiva: daños causados por miembros no identificados de grupo determinado,* op. cit., pág. 40. GREGORINI CLUSELLAS, E.; *La responsabilidad colectiva. Alcance y efectivización,* op. cit., págs. 842 y ss; FRANCO, El límite de la responsabilidad…, *op. cit*., 763 y ss.

El dilema moral con el que se encuentra la responsabilidad colectiva es: si se debe indemnizar a la víctima o se prefiere exonerar a las personas intervinientes de un hecho dañoso con el fin de prevenir la injusticia que se incurre al obligar a indemnizar a quienes, aún vinculados con el ilícito, no fueron sus causantes. Actualmente se ha llegado a una resolución anómala e imperfecta, que no pertenece al orden de lo justo sino al orden de lo posible. La ley opta por uno de los valores en pugna y se decide a favor del damnificado y en contra del tercero inocente.[1195]

VIII. La responsabilidad colectiva y anónima en el Código Civil y Comercial

Lo tradicional, responsabilidad por daño anónimo, y lo moderno, responsabilidad por la actuación de los grupos de riesgo, son

[1195] GARRIDO CORDOBERA, La responsabilidad Colectiva…, *op. cit*., 86 y ss; FRANCO, El límite de la responsabilidad…, *op. cit*., 762 y ss; GOLDENBERG, I. (2000). *La relación de causalidad en la responsabilidad civil* (pp. 124 y ss). La Ley; VINEY, G. (1964). *Le déclein de la responsabilicé individuelle* (pp. 367 y ss). L.G.D.J. "Si al derecho de daños lo contemplamos desde el punto de vista del hecho del autor reprensible, y como una forma de obtener una sanción por ese acto, es claro que es imposible sancionar a quien no es culpable real y directo del hecho y que, al no ser posible la identificación del miembro del grupo autor del daño, nadie puede ser condenado. Pero, al mismo tiempo, si observamos a este derecho como un mecanismo compensatorio, de reparación, de la víctima, la prioridad es la defensa de los derechos del afectado, por lo que una solución como está planteada, en que sanciona de manera grupal a todos los intervinientes, prescindiendo de criterios estrictamente culpabilísticos, es admisible perfectamente, si se quiere evitar con ello la injusticia de que el perjudicado no obtenga indemnización".

regulados de manera conjunta en el nuevo Código Civil y Comercial, en el Libro III "Derechos Personales", en el Título V "Otras fuentes de las obligaciones", en el Capítulo I "Responsabilidad Civil", en la Sección 8º "Responsabilidad colectiva y anónima," en tres de sus artículos. Esta decisión se debe a que ambos fenómenos constituyen el paradigma colectivo que abarca las viejas y nuevas formas de la actividad dañosa, en su faz activa, en pos de una más eficiente protección de las víctimas.[1196]

Dispone el artículo 1760: "Cosas suspendidas o arrojadas. Si de una parte de un edificio cae una cosa, o si ésta es arrojada, los dueños y ocupantes de dicha parte responden solidariamente por el daño que cause. Sólo se liberará quien demuestre que no participó en su producción". Esta norma trata dos supuestos en los que la relación causal es alternativa, dado que si la cosa ha caído o ha sido arrojada, desde uno de los departamentos, los demás dueños y ocupantes no han participado en la producción del daño. Trata de manera uniforme a los daños que se ocasionan, cualquiera sea la fuente de donde provengan. Es una responsabilidad extracontractual, ya que supone una violación al deber genérico de no dañar, que no tiene vinculación alguna con la existencia de una obligación en el sentido técnico. Utiliza los términos "dueños" y "ocupantes", que comprenden a las figuras de inquilino, comodatario, usufructuario, poseedor, tenedor precario, depositario, etc. Estos vocablos son más adecuados que los que preveía el Código Civil de Vélez al referirse a "padres de familia" e "inquilinos de la casa". No incluye recaudos vinculados al lugar donde caiga la cosa, difiriendo de la previsión del artículo 1119 del viejo Código Civil. Este último establecía que el transeúnte circule

[1196] BORAGINA, J., & MEZA, J. (2013). Responsabilidad Civil Contractual y extracontractual. *Revista de Derecho de Daños. Prevención del daño. Doctrina y Jurisprudencia*, *3*, 127; PARELLADA, Responsabilidad colectiva…, *op. cit*., 15, 28 y ss.

o esté en una calle o en un terreno ajeno, o terreno propio sujeto a una servidumbre de tránsito. La nueva normativa no contiene esa limitación, por lo que resulta aplicable a los que transiten o se encuentren en un terreno no sujeto a servidumbre de tránsito, siempre que el tránsito o estancia sean legítimos. Coloca a la víctima frente a dos responsables, el dueño, por su vinculación dominial con el lugar del que ha partido la fuerza dañadora, y el ocupante, en cuanto es la persona que ostenta el control del lugar. O sea, que para establecer a los probables causantes del daño es necesario delimitar la parte del edificio de la que fue arrojada o que pudo haber caído la cosa. Se establece a favor de la víctima que ha sufrido el perjuicio la presunción de que los autores son los ocupantes y la garantía de los dueños de los departamentos, ambos deben responder en forma solidaria. Tal presunción y garantía se extingue por la prueba de que el presunto autor no participó del hecho dañoso. Se trata de una responsabilidad objetiva, y el eximente se encuentra en la causalidad y no en la falta de culpa, ya que ésta es irrelevante.[1197]

Por su parte, expresa el artículo 1761: "Autor anónimo. Si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción". La normativa presupone la existencia de una causalidad alternativa, un supuesto en el cual el daño deriva de una o más conductas individuales, cuya

[1197] PARELLADA, Responsabilidad colectiva…, *op. cit*., 28 y ss; BUERES, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado. Tomo II* (pp. 187 y ss). Hammurabi; SAGARNA, F. (2014). La responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Suplemento especial Nuevo Código Civil y Comercial* (pp. 151 y ss) La Ley - Thompson Reuters; VÁZQUEZ FERREYRA, R. (2015). Aspectos generales de la responsabilidad civil en el Nuevo Código de Derecho Privado. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, (2), 5.

identificación no es posible, pero sí es cierto que el autor o autores están dentro de un grupo determinado de personas. Esto se aplica a todos los casos en los que se haya producido un daño que solo pudo tener por autor a uno o más miembros de un grupo determinado que no desarrolla una actividad peligrosa para terceros. Todos los integrantes del grupo responden solidariamente, salvo aquellos que demuestren que no han contribuido a la producción del daño. Se trata de una responsabilidad que puede tener su origen en la violación de una obligación en sentido técnico o del deber general de no dañar, o sea contractual o extracontractual. El grupo se establece por medio del nexo causal desde el daño sufrido hacia los autores probables, que debe ser acreditado por el damnificado. No es necesario que nos hallemos ante un grupo formalmente constituido de antemano por la decisión consciente de asociarse, ligarse o vincularse de sus integrantes. Para conformar el grupo determinado no es necesario que sus integrantes hayan sido convocados o se hayan congregado; es suficiente que constituyan un grupo por existir una "razón prudente" para tratarlos de una manera determinada. Esta agrupación puede ser accidental, circunstancial u ocasional, y es apreciada con flexibilidad y realismo. Hay establecida una relación entre sus integrantes, que puede resultar de compartir el fin de sus respectivas conductas. Es una responsabilidad objetiva, instituida a favor de la víctima, sobre la base de una relación causal que solo permite llegar al grupo de autores probables, pero no admite llegar al autor concreto. Si se identifica o se prueba quién fue el autor que causó el daño, solo éste deberá responder, y desaparece la responsabilidad colectiva por extinción del anonimato.[1198]

[1198] PARELLADA, Responsabilidad colectiva…, *op. cit.*, 36 y ss; BUERES, *Código Civil y Comercial de la Nación…, op. cit.,* pp. 188 y ss; SAGARNA, La responsabilidad civil…, *op. cit.,* pp. 152; VÁZQUEZ FERREYRA, Aspectos generales*…, op. cit.*, 5. AMEAL & LÓPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones...*, *op. cit.*, p. 940; HERRERA,

El artículo 1760 reconoce como antecedente las disposiciones romanas anteriormente mencionadas sobre las cosas que han sido arrojadas o suspendidas desde un edificio. En cambio, el artículo 1761 tiene su origen en la evolución de la jurisprudencia francesa, ya que se vincula con el hecho de que exista un daño que proviene de un autor indeterminado pero que forma parte de un grupo determinado. La primera es una norma específica y la segunda general, por lo que podría entenderse que el presupuesto fáctico de aplicación del artículo 1760 está comprendido en el 1761, en la medida que en los términos del segundo artículo encuadra la situación contemplada en el primero. Sin embargo, existen particularidades en la responsabilidad por cosas arrojadas y caídas que justifican que se contemple como un supuesto especial de daño anónimo.[1199]

Finalmente, el artículo 1762 incorporó el siguiente supuesto: "Actividad peligrosa de grupo. Si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Solo se libera quien demuestre que no integraba el grupo". El presupuesto fáctico que prevé la legislación es la realización de una actividad riesgosa para terceros, que es desarrollada por un grupo de personas. La causalidad que presupone es la actuación común o en conjunto del grupo mediante una acción grupal. El daño debe derivar de la

---

M., CARAMELO, G. & PICASSO, S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo IV. Libro Cuarto. Artículos. 1251 a 1881* (pp. 485 y ss). Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación,

[1199] PARELLADA, Responsabilidad colectiva…, *op. cit.*, 28 y ss. "La inclusión expresa revela que se conserva la tradición normativa argentina, recipiendaria del derecho romano y de la partida Séptima de Alfonso el Sabio, en torno a la responsabilidad por las cosas arrojadas y caídas de un edificio, aunque se prevé la regla general para los supuestos de cualquiera de los casos denominados daños anónimos, con apoyatura en la elaboración francesa que carecería de norma similar a la romana".

actividad peligrosa desarrollada en conjunto. Si bien en la actividad del grupo existen conductas individuales, la norma prescinde de la consideración de ellas porque existe una unidad o indivisibilidad de la acción que constituye la causa del daño, es decir, las conductas individuales, que conforman la causa única del daño: la acción grupal se funde en ellas, y por ello, la ley prescinde de su consideración. En la acción grupal no hay necesidad de establecer la contribución causal de cada conducta, pues el daño es jurídicamente considerado el resultado de la actuación común o conjunta de la conducta de los miembros. Es una acción que difícilmente se hubiera llegado al resultado en forma individual, o que, por lo menos, se llegó a la producción del hecho dañoso por la acción grupal. El daño puede ser imputado al grupo; la víctima puede dirigirse contra todos o contra cualquiera de los integrantes del grupo de riesgo, ya que es una responsabilidad solidaria. No es una responsabilidad subsidiaria de la individual, sino grupal y objetiva, basada en el riesgo creado por la actividad peligrosa para terceros, desarrollada por el grupo y se le atribuye al mismo. Solo podrá eximirse de esta responsabilidad el demandado que demuestre que no integraba el grupo, siendo ineficaz la prueba de la autoría por no interesar la identificación del sujeto dañoso, sino la conformación de un grupo que ejerce una actividad peligrosa.[1200]

[1200] PARELLADA, Responsabilidad colectiva…, *op. cit*., 47 y ss. "La delimitación del grupo proviene de la circunstancia de haber desarrollado la actividad riesgosa para terceros. Esta es una diferencia relevante entre el daño anónimo y el daño derivado del grupo de riesgo. En el primero, la integración del grupo determinado, se individualiza por la relación causal inequívoca que señala a ciertas personas como autores probables del daño que pueden haber contribuido a la producción del daño, por ello, libera la prueba de la falta de contribución de cada uno de ellos. En el daño derivado de la actividad riesgosa, la determinación del grupo está dada por la participación de cada uno de los integrantes del grupo en la actividad peligrosa,

Este último artículo legisla otra especie de responsabilidad colectiva, la de los grupos dañinos. Esto se debe a que en los últimos tiempos se despliega una mirada más amplia y abarcadora de ambas situaciones, la de la víctima, para mejorarla, y la de los responsables, en tanto ellos han participado de una acción o actividad peligrosa. Los antecedentes históricos de esta especie de responsabilidad colectiva son diversos de los anteriores, y se encuentran ligados a la convicción de que existe una acción o autoría grupal que no es exactamente igual a la anónima, aunque muchas veces la acción grupal esconda la autoría.[1201]

---

por ello, la eximición, sólo puede provenir de la prueba de que no integraba el grupo". BUERES, *Código Civil y Comercial…, op. cit.*, p. 190; SAGARNA, La responsabilidad civil…, *op. cit*., 152; VÁZQUEZ FERREYRA, Aspectos generales…, *op. cit*., 5; PIZARRO, R. (2006). *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y Extracontractual*. *Tomo 3* (pp. 574 y ss). La Ley; HERRERA, CARAMELO & PICASSO, *Código Civil y Comercial…*, *op. cit.*, pp. 487 y ss.

[1201] PARELLADA, Responsabilidad colectiva…, *op. cit*., 5 y ss. "Esta concepción pondera que la actuación grupal repotencia la eficacia y multiplica el poder del hombre, en el mundo actual la actuación en equipo es usual para un mejor logro de los objetivos, por lo que los grupos constituyen una realidad innegable y cada vez más activos, para bien y para mal. Se entiende que la actuación del hombre dentro del grupo encierra riesgos, uno de los cuales es el anonimato, pero que no es el único; existen otros, como el carácter motivador que reviste para los miembros la actuación dentro del grupo, que lo lleva a realizar una conducta que no realizaría si no estuviese en él, pues esa compañía le sirve de aparente escudo y lo anima a lo que no se animaría en soledad. Una mirada realista no puede ignorar que existen grupos y que en algunas oportunidades dañan"; BUERES, *Código Civil y Comercial…, op. cit*., p. 190; GARRIDO CORDOBERA, La responsabilidad Colectiva*…, op. cit*., 84. "Estas actividades colectivas son generadoras de daños que pueden ser potencialmente más graves, ya que una reunión de individuos multiplica su poder y su eficacia, así como su peligrosidad, y además, el anonimato en el que

IX. Conclusiones

El Código Civil y Comercial de la Nación, a pesar de no poseer notas de sus artículos como lo hacía el Código Civil de Vélez y de querer borrar todo vestigio de tradición romanista, continúa con ella, ya que el artículo 1760 regula el daño producido por cosas suspendidas o arrojadas de un edificio, reproduciendo de manera similar el viejo artículo 1119 del Código Civil. Éste citaba en su nota como fuentes directas a la *actio de effusis vel deiectis* y a *la actio de positis vel suspensis* contenidas en el Digesto y en las Institutas y posteriormente adoptadas por la Ley de las Siete Partidas en el derecho intermedio. Estas acciones pretorianas romanas constituyen el antecedente de la responsabilidad colectiva o anónima. Además, este artículo se complementa con el 1761, que recepta la responsabilidad por el daño producido por un autor anónimo, y el artículo 1762 del Código Civil y Comercial, que legisla un caso especial de responsabilidad por daños producidos por la actividad riesgosa de un grupo.

Actualmente, el llamado derecho de daños amplía sus bases responsabilizando solidariamente a todos los intervinientes de un perjuicio ocasionado cuando los autores no pueden ser identificados, optando por un criterio de no exoneración y centrándose en la teoría objetiva del riesgo creado, prescindiendo de la culpa como factor de atribución.

Es un sistema eminentemente resarcitorio, dado que tiende a la reparación de los daños basándose en la socialización de los riesgos y

---

se amparan nos presenta lo que ha dado en llamar fuga ante responsabilidades, por lo que la responsabilidad colectiva subsana esta fuga reparando los daños basándose en un criterio de socialización de riesgos y ampara de esta manera a la víctima del perjuicio"; GARRIDO CORDOBERA, *El Derecho de Daños…, op. cit*., 589; HERRERA, CARAMELO & PICASSO, *Código Civil y Comercial…, op. cit*., p. 490 y ss.

ampara a la víctima, para que no quede sin protección frente al caso de una responsabilidad de autoría anónima o indeterminada.

X. Referencias

ALBA CRESPO, J. (1999). *Acciones e interdictos populares.* Eudecor.

ADAME GODDARD, J. (2010). *Comentario histórico-jurídico al Libro I de las Sentencias de Paulo.* Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas - Serie Doctrina Jurídica.

ALTERINI, A., AMEAL, O., & LÓPEZ CABANA, R. (1996). *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales.* Abeledo Perrot.

ANKUM, H. (2003). L' Edit du Préteur de His qui deiecerint vel effuderint*, Studia Iuridica*, *XLI*.

ARANGIO RUIZ, V. (1983). *Instituciones de Derecho Romano*. Depalma.

BARRÍA DÍAZ, R. (2008). *El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo.* Editorial de la Universidad de Salamanca.

BETTI, E. (1925). *Le fonti d' obbligazione e i problemi storici della loro classificazione. A. G.*, 98.

BONFANTE, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Reus.

BORAGINA, J., & MEZA, J. (2013). Responsabilidad Civil

Contractual y extracontractual. *Revista de Derecho de Daños. Prevención del daño. Doctrina y Jurisprudencia*, *3*.

BORDA, G. (1998). *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo II.* Perrot.

BRANCA, G. (1971). Struttura constante della responsabilità extracontrattuale attraverso i secoli. *Studio Volterra*, *I*.

BRUNS, K. (1933). Le azioni popolari romane. *Studi Giuridici*, I.

BUERES, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado.* Tomo II. Hammurabi.

CAPUTTO, M. (2011). Responsabilidad colectiva: daños causados por miembros no identificados de grupo determinado. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, (11).

CARBONIER, J. (1971). *Derecho Civil, Vol. III.* Bosch.

CASAVOLA, F. (1958). *Studi sulle azioni populari romane: le acciones populares.* Jovene.

CAVANILLAS, S. (1987). *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia.* Aranzadi.

DEROUSSIN, D. (2007). *Historie du Droit des Obligations.* Económica.

DÍEZ-PICASO, L. (1999). *Derecho de Daños.* Civitas.

DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Depalma.

FRANCO, H. (2009). El límite de la responsabilidad colectiva y solidaria por daño ambiental. *La Ley 2009-C*.

GARCÍA DEL CORRAL, D. I. (1897). *Cuerpo de Derecho Civil Romano*. Lex Nova.

GARRIDO CORDOBERA, L. (2009). *La responsabilidad Colectiva.* Editorial de la Pontificia Universidad Javeriana.

GARRIDO CORDOBERA, L. (2007). El Derecho de Daños frente a una nueva realidad. *La Ley, Sup. Esp. Emprendimientos Inmobiliarios 01/01/2006, 73 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*.

GHERSI, C. et al. (1999). *Responsabilidad Objetiva. El artículo 1113 y la ley 24.999.* Ediciones Jurídicas Cuyo.

GIMÉNEZ CANDELA, T. 1990 *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, Ed. Trivium.

GOLDENBERG, I. (2000). *La relación de causalidad en la responsabilidad civil.* La Ley.

GREGORINI CLUSELLAS, E. (2007). La responsabilidad colectiva. Alcance y efectivización. *La Ley 2007-F*.

GUZMÁN BRITO, A. (2001) *Derecho Romano Privado.* Tomo II. Editorial Jurídica de Chile.

HERRERA, M., CARAMELO, G., & PICASSO, S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo IV. Libro Cuarto. Artículos. 1251 a 1881*. Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

IGLESIAS, J. (1994). *Derecho Romano. Historia e Instituciones.* Ariel.

KUCUK, E. (2008). *L'actio de efussis vel deiectis nel diritto romano classico.* Revista de Estudios Históricos-Jurídicos, (30), 99-110.

LENEL, O. (1901). *Essai de reconstitution de l' Edit Perpetuel.* Tomo I. Larose & Forcel.

LLAMBÍAS, J. (1992). *Código Civil Anotado. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo II-B. Arts. 896 a 1136.* Abeledo Perrot.

LLAMBÍAS, J. (2005). *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones. Tomo IV-A*. Lexis Nexis.

LÓPEZ CABANA, R. (1986). *Responsabilidad colectiva. Régimen legal en Argentina y Latinoamérica,* Tomo 1986- B. La Ley.

LÓPEZ CABANA, R. (1995). *La responsabilidad Civil Objetiva*. Abeledo Perrot.

LORENZETTI, R. (1996). Responsabilidad colectiva, grupos, y bienes colectivos. *La Ley 1996-D*.

LUZZATTO, G. (1960). Spunti critici in tema di responsabilità conttratuale. *BIDR*, (63).

MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1885). *Códigos Antiguos de España.* Tomo I. Administración Arco de Santa María.

MOSSET ITURRASPE, J. (1979). La responsabilidad de los padres y la evolución de la familia. *La Ley 1979-B*.

MÚRTULA LAFUENTE, V. (2005). *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo.* Dykinson.

PARELLADA, C. (2012). Responsabilidad colectiva y daño anónimo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de la Comisión, Decreto Nº 191/2011. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* (10).

PARICIO SERRANO, J. (1987). *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico.* Civitas.

PIZARRO, R. (1995). La responsabilidad civil derivada de cosas inertes ubicadas riesgosamente. En *La responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*. Abeledo Perrot.

PIZARRO, R. (2006). *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y Extracontractual.* Tomo 3. La Ley.

RAMOS MAESTRE, A. (2001). *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas. Análisis del Artículo 1910 del Código Civil Español*. Práctica de Derecho.

RAMOS MESTRE, A. (2003). *La responsabilidad extracontractual del poseedor de animales sueltos.* Editorial de la Universidad de Alicante, Departamento de Derecho Civil.

RICCOBONO, S. (1941). *Fontes iuris romani antejustinianni.* Barberà.

RODRÍGUEZ ENNES, L. (2005, 7 al 9 de octubre). Acciones penales honorarias protectoras de la vía pública. *XVII Encuentro de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina en*

Homenaje al Profesor Dr. Luis Argüello. Universidad Nacional del Comahue.

RODRÍGUEZ ENNES, L. (2009). La *obligatio* y sus fuentes. En torno al Derecho Romano de Obligaciones. *Revista Internacional de Derecho Romano (RIDROM)*, (2).

RODRÍGUEZ ENNES, L. (1984). Notas sobre el elemento subjetivo del *edictum de effusis vel deiectis. IURA. Revista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, (35).

RODRÍGUEZ ENNES, L. (1992). *Estudio sobre el* edictum de feris. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

SAGARNA, F. (2014). La responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En *Suplemento especial Nuevo Código Civil y Comercial*. La Ley.

SALVAT, R. (1958). *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones. Tomo IV.* Tipográfica Editora Argentina.

SANFILIPPO, P. (1959). Il risarcimento del danno per l' uccisione di un uomo libero nel diritto romano. *Annali Catania*, (5).

SCHIPANI, S. (1969). *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa.* Giappichelli.

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.* Rubinzal Culzoni.

SOLARTE RODRÍGUEZ, A. (2004). Los actos ilícitos en el Derecho Romano. *Universitas. Revista Científica de la Universidad Javeriana*, (107).

TALAMANCA, M. (2001). *Elementi di Diritto Romano*. Giuffrè.

TALAMANCA, M. (1990). *Istituzioni di Diritto Romano*. Giuffrè.

TOMÁS MARTÍNEZ, G. (2001) La responsabilidad del habitatoren la actio de effusis et deiectis y su alcance actual. Arículo 1910 del Código Civil Español. *La Responsabilidad Civil de Roma al Derecho Moderno: IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*. Universidad de Burgos.

TANZI, S. (1997). Responsabilidad colectiva. En *Responsabilidad por daños en el Tercer milenio, libro Homenaje al Profesor Doctor Atilio Alterini.* Abeledo Perrot.

TANZI, S., & HUMPHREYS, E. (2004). La responsabilidad colectiva y su tratamiento en el Derecho Argentino. *Separata de Temas de Derecho Civil, Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley.* Colección Libros Homenaje Nº 14. Tribunal Supremo de Justicia.

TRIGO REPRESAS, F., & LÓPEZ MESA, M. (2011). *Tratado de Responsabilidad Civil.* Tomo IV. La Ley.

VÁZQUEZ FERREYRA, R. (2015). Aspectos generales de la responsabilidad civil en el Nuevo código de derecho privado. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, (2).

VINEY, G. (1964). *Le déclein de la responsabilicé individuelle.* L.G.D.J.

WALLINGA, T. (2002). Effusa vel deicta in Rome and in Glasgow. *Edinburgh Law Review*, (6).

ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (1997). *Responsabilidad por riesgo.* Hammurabi.

De la portería a la aduana: permanencia de principios romanos en la codificación argentina

Claudia Somovilla[1202]

I. Introducción

En el marco de una línea incipiente de trabajo, esta comunicación esboza algunas primeras consideraciones iniciales en torno a la permanencia o no, y en su caso aspectos y cuantía, de la portería romana en el derecho aduanero argentino.

La "portería" constituyó, desde la Antigüedad, una ocasión o instancia material y temporal que permitió a la administración obtener

[1202] Profesora asociada de Historia del Derecho y de Derecho Romano (Universidad del Salvador). Profesora adjunta regular de Historia del Derecho Argentino (Universidad de Buenos Aires). Profesora asociada de Derecho Romano y de Historia del Derecho y Sistemas Jurídicos Comparados (Universidad de Belgrano). Miembro del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, del Instituto Ambrosio Gioja, del Instituto Latinoamericano de Historia del Derecho, de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina, del Instituto de Derecho Romano "Dr. Agustín Díaz Bialet" de la Universidad Católica de Córdoba. Directora de la *Pervivencia. Revista de Derecho Romano* (Universidad del Salvador). Tiene publicaciones de artículos de su especialidad.

ingresos para sus arcas y ejercer el control del tráfico de mercancías. Con el transcurso del tiempo, esta institución evolucionó hasta dar origen a las aduanas de los estados modernos, en la que puede observarse/valorarse una simbiosis entre principios e instituciones del derecho romano y hasta la vigente codificación aduanera argentina.

Fernández de Buján (2013) señala con atino, en relación a la permanencia competente de principios e instituciones romanas entre los administrados y la administración, que

> (…) existió en el derecho romano un conjunto de normas reguladoras de las competencias y funciones de la administración pública y de las relaciones de ésta con los administrados, que en la experiencia jurídica romana se consideran de *ius publicum* (…) sin que hoy en día nadie pueda negar la existencia de una continuidad histórica en la regulación y en la formulación de los principios informadores de numerosas instituciones administrativas propias del derecho romano y del derecho actual.[1203]

Existen importantes estudios tanto de la portería romana como de su permanencia y transmutación en el Medievo europeo, también de su traslado al Nuevo Continente, material cuya lectura resulta necesaria e imprescindible para ahondar en la cuestión. Es el caso de Antonio Fernández de Buján (2008),[1204] José Luis Zamora Manzano (2009),[1205] Armando Torrent Ruiz (2024),[1206]

[1203] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2013). Derecho administrativo romano: instituciones, conceptos, principios y dogmas. *Revista General de Derecho Romano*, (20).

[1204] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2008). *Derecho Público Romano* (pp. 232-276). Civitas.

[1205] ZAMORA MANZANO, J. L. (2009). *Algunos aspectos sobre el régimen fiscal aduanero en el Derecho Romano: Reglamentación jurídica del portorium, control de mercancías y comiso por fraude fiscal*. Dykinson.

[1206] TORRENT RUIZ, A. (2024). *Publicani y familiae publicanorum*. Aspectos

Pilar Fernández Uriel (1995)[1207] y Marcelo Antonio Gottifredi (2024),[1208] entre otros.

El presente documento constituye un primer avance en el estudio de esa línea de permanencias, transformaciones y resignificaciones jurídicas.

II. Sobre la portería romana

El término "*portoria*" o su singular "*portorium"* es un derivado de *portus-us*. Su mención más antigua se ubicaría en el año 508 a. C.[1209] y su primer significado es pasaje o puerta como lugar o espacio de entrada y salida.

Dicha expresión evolucionará, para significar en tiempos de la República y consolidándose en la época imperial, un derecho de pasaje, "lo que se pasta por pasar por la puerta" (derecho de portería o *portorium*), que por las mercaderías en traslado (al pasar por las puertas) debía pagarse íntegramente. Ello permite advertir su correspondencia con el derecho aduanero actual, aun cuando presente diferencias y una ampliación de sus funciones y estructura.

Aquel *portorium* formaba parte del *ius fiscale* dentro de los tributos indirectos como tasas y peajes. Se cobraba en puntos de control del tránsito: puertos, caminos, mercados. Cabe apuntar, en términos generales, que en tiempos de la República los *portoria* se establecieron

penales y procesales. II. *RIDROM*, (32), 601-666.

[1207] FERNÁNDEZ URIEL, P. (1995). Algunas precisiones sobre el sistema fiscal romano. *Espacio, Tiempo y Forma, Serie II, Historia Antigua*, (8).

[1208] GOTTIFREDI, M. (2024). *Código Aduanero comentado*. Erreius.

[1209] CHIC GARCIA G. (1997). *Historia económica de la Bética en la época de Augusto* (p. 53). Padilla.

en Italia y en provincias conquistadas. Fue a partir de Augusto que comenzó a planificarse con criterio estratégico como sistema, y se crearon aduanas imperiales permanentes, las "*stationes portorii*".

Resulta menester mencionar la *lex portorii provinciae Asiae*, gestada en un arco de tiempo que va desde el 75 a. C. al 62 d. C., según Torrent Ruiz[1210] y conservada solo en parte. Su texto es gracias al hallazgo de unas inscripciones de bronce durante unas obras en la Iglesia de San Juan en Secuk, Efeso, en agosto de 1976.[1211] En ésta se encuentra una nutrida regulación sobre tasas aduaneras (*portoria*), productos sujetos al pago del impuesto al ingresar o salir de la provincia, productos exentos, puntos aduaneros autorizados, prohibición de su cobro en puntos no oficiales, el desempeño de los *publicani* (particulares) y funcionarios imperiales que debían cobrar/recaudar los tributos. Además, penalizaba el "*fraus portorii*" (fraude), la evasión, como así también el cobro ilegal de tasas a mercancías eximidas, ya sea por el destino del material, como el caso de las cosas sagradas, o por la persona, como ser embajadores.

A partir de lo cual se puede apreciar cómo una *lex provinciae* era incorporada, en un claro proceso de juridificación y uniformidad *portoria*, al marco jurídico romano de tiempos de la república tardía/primeros tiempos imperiales.

Ello informa de la importancia de los *portoria* como fuente de ingresos públicos, no tan solo como tasas de tránsito, sino ocasión e instrumento de contralor político en lo territorial y económico, tarea sensible a la conducción política. A modo ilustrativo cabe referir la decisión del emperador Helvio Pertinax al suprimir diversas

---

[1210] TORRENT RUIZ, A. (2016). Pactiones, publicani y leges censoriae. En G. LUCCHETTI (Coord.). *Derecho de obligaciones. La importancia del derecho romano en la época contemporánea: Actas del XVII Congreso internacional y XX Congreso iberoamericano de derecho romano* (pp. 651-662). Università di Bologna.

[1211] https://www.ostia-antica.org/dict/topics/portorium/images/lex-portorii-asiae.pdf.

cargas establecidas por sus predecesores que se cobraban en las desembocaduras de los ríos y en determinadas rutas de acceso a las ciudades principales, con el fin de favorecer el intercambio comercial. El exceso de zonas de *portoria* en las vías comerciales en el ingreso a las ciudades perjudicaba el comercio, volviendo impopular tantos derechos de *portorium*.[1212]

El sistema fiscal romano no fue uniforme en todos los territorios ni en todas las épocas, sino que fue evolucionando y desarrollándose para dar respuesta a las necesidades de cada momento. En el desenvolvimiento de esa configuración se fueron delineando una serie de normas y principios tributarios tendientes a superar un mero afán recaudatorio.

Mientras que la palabra puerto tiene su origen en el latín *portus* y va a significar en el castellano, en su primera acepción, el lugar en la costa o en las orillas de un río que por sus características naturales o artificiales servían para que las embarcaciones realizaran operaciones de carga y descarga, embarque y desembarco, etc.[1213] Su expresión afín "aduana" proviene del árabe hispano-medieval "*ad diwán",* y éste del árabe clásico *dīwān* (administración)*,* el cual encuentra su raíz en el término persa "*dēwān"* (archivo, registro u oficina).[1214]

La antigua portería, entendida como punto de control fiscal de paso y percepción de gravámenes sobre mercancías, constituye un antecedente funcional de la aduana moderna.

[1212] GARZÓN BLANCO, J. A. (1984). El emperador Pluvio Helvio Pertinax en las fuentes. Estado de la cuestión. *Boética. Estudios de arte, geografía e historia*, (7), 195-210.

[1213] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (s.f.). *Puerto*. En *Diccionario de la lengua española.* Recuperado el 13 de julio de 2026 de https://dle.rae.es/puerto.

[1214] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (s.f.). *Aduana*. En *Tesoro de los diccionarios históricos de la lengua española*. Recuperado el 13 de julio de 2026 de https://www.rae.es/tdhle/aduana.

III. De la portería a la aduana

Al vocablo "aduana" se le atribuye un origen persa o árabe, de *diwán, adayuán, al dyuán, ad-diwána*,[1215] conceptuando a la oficina donde se hace (*facere*) el pago por el paso de las mercaderías. De lo cual deviene la asociación del término aduana con el organismo que registra y recauda gravámenes.

Puede inferirse entonces que, mientras en la Antigüedad l*a puerta* contenía la significación y el carácter sagrado incluso del "límite" en un ámbito espacial- territorial donde tenía su asiento la ciudad, la aduana será el organismo de custodia de la soberanía de los Estados.

El destino del derecho romano después del fin de la Antigüedad fue el de su incorporación en el desarrollo del derecho posterior por medio de distintas vías. En Occidente, el derecho romano vulgar supo sobrevivir al colapso del Imperio mezclado con nociones jurídicas germánicas, siendo un sólido fundamento en el desenvolvimiento del derecho medieval en Italia, el sur de Francia y en la península ibérica. En Oriente, el *Corpus Iuris Civilis*, producto externa y materialmente influido por ideas helenísticas, mantuvo su vigencia en el Imperio bizantino. La cultura jurídica europea continental se transforma con la decisiva labor de los glosadores en la renovación de la ciencia jurídica, su retorno a la obra misma del Digesto y el estudio de su contenido mediante la reelaboración teórica a través de los métodos de pensamiento desarrollados por la escolástica temprana de su época, construyen la base de la teoría jurídica posterior del continente europeo. La orientación práctica de la escuela de los posglosadores o comentaristas, en los siglos XIV y XV, favoreció la penetración en las instituciones de su tiempo,

[1215] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (s.f.). *Aduana.* En *Diccionario prehispánico del español jurídico*. Recuperado el 13 de julio de 2026 de https://dpej.rae.es/lema/aduana.

cualquiera fuese su origen, romano o germánico, con el método estudiado y aprendido de los juristas romanos, aunque introduciendo modificaciones a la forma de pensar romana. La recepción de la experiencia jurídica romana en la práctica y actualizada, entre los siglos XVI y XVIII, conocida como *Usus Modernus Pandectarum* favoreció la adopción armónica de aquel derecho romano en la vida forense. Desarrollo conocido por el orden castellano que repercute en la conformación del sistema jurídico indiano, medio de traslación de aquel derecho romano al Nuevo Continente.[1216]

Sabido es que el Derecho romano, a través de los distintos períodos, dominó una concepción casuista, en virtud de la cual se partía de la atención al caso en concreto.[1217] Modo de pensar problemático, operaba con ciertos conceptos rectores, como ser *aequitas*, *bona fides*, *animus* y *utilitas*, concebidos como criterios de valoración de las circunstancias del caso y no como categorías abstractas.[1218] El derecho común europeo fue el modelo más directo del derecho castellano-indiano, también sustentado en una concepción casuista. El principal legado romano se materializó en el *Corpus Iuris*, que es de índole y procedencia heterogénea, en el cual el casuismo estuvo presente a través de los libros más usados y apreciados de éste: el Digesto y el Código.[1219]

Kaser, Knutel y Lohsse (2022) replican en su obra *Derecho Privado Romano* las palabras iniciales del libro *El espíritu del Derecho*

[1216] KASER, M., KNUTEL, R., & LOHSSE, S. (2022). *Derecho privado romano* (pp. 57-68). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

[1217] SOMOVILLA, C. (2007). La presencia del Derecho romano en los dictámenes de Dalmacio Vélez Sarsfield como Asesor de Gobierno del Estado de Buenos Aires. *Iushistoria,* (4), 1-11.

[1218] TAU ANZOÁTEGUI, V. (1992). *Casuismo y Sistema* (p. 41). Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

[1219] *Ibidem*, p. 43.

romano en las diversas fases de su desarrollo (1852), de Rudolf Von Ihering, cuando señalan:

> Tres veces ha dictado Roma leyes al mundo, tres veces ha unido a los pueblos; la primera vez, por la unidad del Imperio, cuando el pueblo romano estaba en lo más alto de su poder; la segunda, por la unidad de la Iglesia, cuando aquél había desaparecido; en la tercera oportunidad, por la unidad del derecho, a consecuencia de la recepción del derecho romano durante la Edad Media. En la primera ocasión lo hizo mediante el poder de las armas, en las dos oportunidades siguientes, gracias al poder del espíritu. La importancia histórica y universal, así como la misión de Roma, pueden resumirse en la superación del principio de la nacionalidad por el de la universalidad.[1220]

En este marco cabe señalar que hubo principios del sistema fiscal romano que se replicaron en la normativa posterior, a saber: proporcionalidad, igualdad, *nullum tributum sine lege* o legalidad, principio de utilidad pública por el cual no cabía hacer lugar a la exención de impuestos que no tenga su fundamento en una utilidad y en beneficio del pueblo romano (ver Código de Justiniano 4. 62. 1).[1221]

La eficacia del trazado romano justifica su permanencia en la Edad Media y su arribo a la modernidad, donde encontramos aduanas señoriales, reales o bien eclesiásticas. No puede soslayarse la pervivencia de aquellos principios mencionados en la obra del *ius commune*, y su mudanza al Nuevo Continente. Su trazado se replica en América con la instauración de las "aduanas indianas", es el caso de Potosí, Cochabamba, Salta, Córdoba y Buenos Aires, por ejemplo, bajo el control metropolitano a través de la Casa de Contratación principalmente. Cada administración dinástica (la casa de Trastámara, de Austrias y

[1220] KASER, KNÜTEL & LOHSSE, *op. cit*. p. 43.

[1221] FERNÁNDEZ URIEL, *op*. *cit*.

Borbones) tuvo su impronta, persistiendo las nociones romanas actualizadas y contextualizadas.

IV. En torno a la presencia de los principios romanos en la codificación aduanera argentina

En las primeras líneas de su clásico libro *Curso de Historia e Instituciones del Derecho Romano* afirma Louzán de Solimano (2001) que el derecho, como cualquier otra manifestación de la vida de los pueblos, es un producto de la conciencia social.[1222].

El derecho romano, como postula con firmeza Rabinovich Berkman (2001) en las palabras preliminares de su libro *Derecho romano*, no es algo abstracto, sino que, por el contrario, se vincula inseparablemente de determinadas "realidades geográficas, cronológicas y culturales".[1223]

Los convencionales de 1853/60 establecieron en los artículos 9–12 la unidad aduanera nacional y en el artículo 75, inc. 1 y 10, la competencia exclusiva del Congreso para establecer derechos de importación/exportación.

De la mano de Vélez Sarsfield, su proyecto de 1869 devenido en el primer Código Civil de la Nación estableció, con lúcida influencia romanista, la noción de dominio público y bienes del Estado (artículos 2340 y subsiguientes) y el principio de utilidad pública y servicio del Estado como fundamento de las cargas fiscales.

El rol que asumió el derecho romano en las sociedades decimonónicas al tiempo de la fundación de los Estados modernos fue con

[1222] LOUZÁN DE SOLIMANO, N. (2001). *Curso de Historia e Instituciones del Derecho Romano* (p. 17). Lumiere.

[1223] RABINOVICH BERKMAN, R. (2001). *Derecho romano* (p. 14). Astrea.

certeza apuntada por Kaser, Knutel y Lohsse (2022): "El derecho romano no solo desempeña una función de cara a la comprensión de las codificaciones nacionales. Sus figuras jurídicas, sus máximas y su terminología se han retomado en todo el mundo, de modo que su conocimiento facilita tanto la comprensión como la comunicación".[1224]

A partir de las ideas de los maestros italianos Schipani y Labruna, sostiene Costa (2007) que el derecho romano es "derecho actual", dado que posee "la suficiente y necesaria operatividad valiosa", lo cual le permite "transmutarse" en las legislaciones modernas en general y en la nuestra en particular.[1225]

Según Rinaldi (2007), el sistema romanístico recibió a través del tiempo el aporte de diversas escuelas jurídicas que realizaron una tarea de teorización y sistematización, la cual sirvió como punto de partida para las codificaciones modernas.[1226]

Siguiendo a Chamié (2013),[1227] afirma Alvarez (2023)[1228] que Argentina es considerada como parte integrante del subsistema jurídico latinoamericano, cuyos ordenamientos han sido plasmados con

[1224] KASER, KNÜTEL & LOHSSE, *op. cit*. p. 65.

[1225] COSTA, J. C. (2007). *Manual de Derecho Romano Público y Privado* (p. 2). LexisNexis.

[1226] RINALDI, N. (2007). *Lecciones ampliadas de Derecho Romano* (p. 340). Ediciones del País.

[1227] CHAMIE. J. (2013). Principios Generales del Derecho, Derecho Romano, codificación y armonización: Una perspectiva hacia la nueva fijación del Derecho en el siglo XXI. En *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano* (pp. 93 y ss). Editorial de la Universidad Externado de Colombia.

[1228] ALVAREZ, M. (2023). La codificación del *ius commune* romano en la Argentina. En A. MONTAÑANA CASANÍ y M. C. LÁZARO GUILLAMÓN (Coords.). *La proyección del Derecho romano en los textos y en la ciencia jurídica universal* (p. 27). Publicacions de la Universitat Jaume I (Servei de Comunicació i Publicacions) y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

base en el derecho romano, y que el reenvío a los principios garantiza la integración de los códigos latinoamericanos con los principios de todo el sistema jurídico romanista del que forman parte.

Aquella *lex portarii Asia*e, los edictos imperiales y las inscripciones fiscales provinciales abordaban cuestiones que, en tiempos posmodernos, la legislación de algunos Estados como el nuestro contendrá en el Código Aduanero.

Argentina sancionó su Código Aduanero con la Ley 22415 de 1981.[1229] Este cuerpo normativo no presenta un capítulo específico titulado "Principios del derecho aduanero", pero varias de sus disposiciones reflejan los principios jurídicos que lo rigen. Los artículos 1, 2, 3, 9 y 10 tratan sobre legalidad, el 3 y sobre territorialidad y soberanía, el 9, 10, 11, 12 y siguientes sobre control y fiscalización estatal, el 954 y siguientes sobre buena fe y veracidad en las declaraciones y el 915, 916 y 917 sobre proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones.

Los principios antes mencionados alcanzan al derecho aduanero sustancial, de fondo, y también al procesal, de forma. Cabe traer a colación el estudio de Guzmán Brito cuando entiende que la moderna doctrina procesal ha decantado un conjunto de los que se llaman "principios procesales" que no podemos dejar de interpretar como principios del derecho, no generales sino particulares de la rama procesal, aunque universalmente aplicables a toda ella. Que en rigor existen unos principios del derecho de generalidad variable, aplicables a todo el derecho, como el de no ir en contra de los

[1229] La Comisión Redactora del Código Aduanero fue designada por las Resoluciones 599/76 y 695/77 de la Secretaría de Estado de Hacienda, y estuvo presidida por el Dr. Carlos M. Tacchi, formando parte de ella los Dres. Mario A. Alsina, Enrique Carlos Barreira, Ricardo Xavier Basaldúa, Rodolfo H. Cambra, Juan Patricio Cotter Moine y Héctor Guillermo Vidal Albarracín, y los señores Laureano Fernández y Francisco Mario García.

hechos propios o el de buena fe. Que se trata de principios, y no de normas propiamente dichas toda vez que, mientras aquellos informan una variedad de instituciones, éstas organizan las instituciones y solo funcionan para juzgar las conductas. Afirma Guzmán Brito que fue un mérito de la moderna ciencia procesalística el haber individualizado, enumerado, denominado y formulado los principios procesales, pero no haberlos descubierto. Ello perteneció a los romanos, entre los cuales encontramos el principio de economía a fin de evitar la dilación de los procesos. Vinculado con el principio llamado de concentración, recomienda que las actuaciones procesales sean próximas en el tiempo entre sí, lo cual favorece el acortamiento del proceso. El principio de probidad exige a las partes un comportamiento procesal recíproco de buena fe, leal y honorable, y se excluye el empleo del proceso para un fin distinto del suyo propio inherente, a saber, la administración de justicia. Por el principio de publicidad se entendía la libertad reconocida al público de poder conocer las actuaciones del proceso. Con el principio de preclusión se marca que las actuaciones caducan si se deja pasar la posibilidad de ejecutarlos o bien si no son actos compatibles con el impulso de éste. Según el jurista chileno, guarda relación con el principio de inmutabilidad, dado que ambos son estructurales de la jurisdicción, y lo actuado y lo decidido en una instancia procesal no puede ser revisado y modificado, aunque sí podría serlo en otras instancias de número previamente limitado/ordenado, y ello hasta que, agotadas las instancias, lo decidido en la última no pueda ser revisado absolutamente. Entiende el autor que los modernos principios procesales, con la excepción de la inexcusabilidad, son en realidad un descubrimiento romano.[1230]

La inquietud por circunscripción del alcance de la o las funciones de la aduana arribó incluso a la Corte Suprema de Justicia de

[1230] GUZMÁN BRITO, A. (2001). Los principios del proceso romano ilustrados con algunas instituciones. *Revista Actualidad Jurídica*, (3), 123-134.

la Nación, que ha dicho: "El control administrativo sobre la circulación de bienes constituye una de las varias funciones aduaneras perfectamente diferenciadas del restringido concepto de la aduana como mera recaudadora de impuestos" (CSJN, in re, "Maggi, Esteban Félix s/ presunto contrabando", 12/9/1993, M.431. XXIII").

Un área sensible de controversia doctrinaria es el alcance de la definición que de "territorio aduanero" dio el legislador en los primeros ochos artículos del Código en el capítulo preliminar, que seguiremos ahondando en su estudio.[1231]

[1231] "Título preliminar. Disposiciones generales. Capítulo Primero. Ámbito espacial. Artículo 1°. Las disposiciones de este código rigen en todo el ámbito terrestre, acuático y aéreo sometido a la soberanía de la Nación Argentina, así como también en los enclaves constituidos a su favor; Artículo 2°. 1. Territorio aduanero es la parte del ámbito mencionado en el artículo 1, en la que se aplica un mismo sistema arancelario y de prohibiciones de carácter económico a las importaciones y a las exportaciones. 2. Territorio aduanero general es aquél en el cual es aplicable el sistema general arancelario y de prohibiciones de carácter económico a las importaciones y a las exportaciones. 3. Territorio aduanero especial o área aduanera especial es aquél en el cual es aplicable un sistema especial arancelario y de prohibiciones de carácter económico a las importaciones y a las exportaciones. Artículo 3° – No constituye territorio aduanero, ni general ni especial: a) el mar territorial argentino y los ríos internacionales; b) las áreas francas; c) los exclaves; d) los espacios aéreos correspondientes a los ámbitos a que se refieren los incisos precedentes; e) el lecho y subsuelo submarinos nacionales. En estos ámbitos se aplican los regímenes aduaneros que para cada caso se contemplan en este código; Artículo 4° – 1. Enclave es el ámbito sometido a la soberanía de otro Estado, en el cual, en virtud de un convenio internacional, se permite la aplicación de la legislación aduanera nacional. 2. Exclave es el ámbito, sometido a la soberanía de la Nación Argentina, en el cual, en virtud de un convenio internacional, se permite la aplicación de la legislación aduanera de otro Estado; Artículo 5° – 1. Zona primaria aduanera es aquella parte del territorio aduanero habilitada para

la ejecución de operaciones aduaneras o afectada al control de las mismas, en la que rigen normas especiales para la circulación de personas y el movimiento y disposición de la mercadería. 2. La zona primaria aduanera comprende, en particular: a) los locales, instalaciones, depósitos, plazoletas y demás lugares en donde se realizaren operaciones aduaneras o se ejerciere el control aduanero; b) los puertos, muelles, atracaderos, aeropuertos y pasos fronterizos; c) los espejos de agua de las radas y puertos adyacentes a los espacios enumerados en los incisos a) y b) de este artículo; d) los demás lugares que cumplieren una función similar a la de los mencionados en los incisos a), b) y c) de este artículo, que determinare la reglamentación; e) los espacios aéreos correspondientes a los lugares mencionados en los incisos precedentes; Artículo 6° – El territorio aduanero, excluida la zona primaria, constituye zona secundaria aduanera; Artículo 7° – 1. Zona de vigilancia especial es la franja de la zona secundaria aduanera sometida a disposiciones especiales de control, que se extiende: a) en las fronteras terrestres del territorio aduanero, entre el límite de éste y una línea interna paralela trazada a una distancia que se determinará reglamentariamente; b) en las fronteras acuáticas del territorio aduanero, entre la costa de éste y una línea interna paralela trazada a una distancia que se determinará reglamentariamente; c) entre las riberas de los ríos internacionales y nacionales de navegación internacional y una línea interna paralela trazada a una distancia que se determinará reglamentariamente; d) en todo el curso de los ríos nacionales de navegación internacional; e) a los espacios aéreos correspondientes a los lugares mencionados en los incisos precedentes. 2. En los incisos a), b) y c) del apartado 1, la distancia a determinarse no podrá exceder de cien kilómetros del límite correspondiente. 3. Salvo disposición expresa en contrario, los enclaves constituidos a favor de la Nación y sus correspondientes espacios aéreos constituyen zona de vigilancia especial, en cuanto no integraren la zona primaria aduanera; Artículo 8° – Zona marítima aduanera es la franja del mar territorial argentino y de la parte de los ríos internacionales sometida a la soberanía de la Nación Argentina, comprendidos sus espacios aéreos, que se encuentra sujeta a disposiciones especiales de control y que se extiende entre la costa, medida desde la línea de las más bajas mareas, y una línea externa paralela a ella,

Puede observarse cómo la difusión del derecho romano en sus versiones modernas fue adquiriendo características universales.[1232]

V. A modo de corolario

Como sostienen Kaser, Knutel y Lohsse (2022), es innegable el tesoro que desde el "redescubrimiento" de las fuentes jurídicas romanas en el Medievo, ya sean los glosadores, los comentaristas o los humanistas, ya sea el *usus modernus*, el derecho natural, la escuela histórica o la pandectística, ya sea de la actual ciencia histórica, siempre resulta hábil para extraer nuevo conocimiento de los textos antiguos.[1233]

Dado el carácter inicial de este estudio, cabe esbozar alguna conclusión provisoria: la portería se revela como una institución cuya relevancia trasciende su función originaria de control material y temporal del paso de mercaderías, para erigirse en antecedente estructural de las aduanas de los Estados modernos. Su evolución histórica permite advertir una clara continuidad y resignificación de principios del derecho romano, cuya impronta subsiste —con las adecuaciones propias del tiempo— en la actual codificación aduanera argentina.

Esta primera comunicación procura así poner de relieve esa línea de permanencias y transformaciones, para sentar bases de un análisis más profundo sobre la construcción del régimen aduanero.

---

trazada a una distancia que se determinará reglamentariamente. La distancia entre estas dos líneas, que conforman la franja, no podrá exceder de veinte kilómetros".

[1232] RINALDI, *op. cit.*, p. 341.

[1233] KASER, KNÜTEL & LOHSSE, *op. cit.*, p. 67.

VI. Referencias

ALVAREZ, M. (2023). La codificación del *ius commune* romano en la Argentina. En A. MONTAÑANA CASANÍ y M. C. LÁZARO GUILLAMÓN (Coords.). *La proyección del Derecho romano en los textos y en la ciencia jurídica universal*. Publicacions de la Universitat Jaume I (Servei de Comunicació i Publicacions) y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

CHAMIE. J. (2013). Principios Generales del Derecho, Derecho Romano, codificación y armonización: Una perspectiva hacia la nueva fijación del Derecho en el siglo XXI. En *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano*. Editorial de la Universidad Externado de Colombia.

CHIC GARCIA G. (1997). *Historia económica de la Bética en la época de Augusto.* Padilla.

COSTA, J. C. (2007). *Manual de Derecho Romano Público y Privado.* LexisNexis.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2013). Derecho administrativo romano: instituciones, conceptos, principios y dogmas. *Revista General de Derecho Romano*, (20).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2008). *Derecho Público Romano* (pp. 232-276). Civitas.

FERNÁNDEZ URIEL, P. (1995). Algunas precisiones sobre el sistema fiscal romano. *Espacio, Tiempo y Forma, Serie II, Historia Antigua*, (8).

GARZÓN BLANCO, J. A. (1984). El emperador Pluvio Helvio

Pertinax en las fuentes. Estado de la cuestión. *Boética. Estudios de arte, geografía e historia*, (7), 195-210.

GOTTIFREDI, M. (2024). *Código Aduanero comentado*. Erreius.

GUZMÁN BRITO, A. (2001). Los principios del proceso romano ilustrados con algunas instituciones. *Revista Actualidad Jurídica*, (3), 123-134.

KASER, M., KNUTEL, R., & LOHSSE, S. (2022). *Derecho privado romano*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

LOUZÁN DE SOLIMANO, N. (2001). *Curso de Historia e Instituciones del Derecho Romano.* Lumiere.

SOMOVILLA, C. (2007). La presencia del Derecho romano en los dictámenes de Dalmacio Vélez Sarsfield como Asesor de Gobierno del Estado de Buenos Aires. *Iushistoria,* (4), 1-11.

RABINOVICH BERKMAN, R. (2001). *Derecho romano*. Astrea.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (s.f.). *Puerto*. En *Diccionario de la lengua española.* Recuperado el 13 de julio de 2026 de https://dle.rae.es/puerto.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (s.f.). *Aduana*. En *Tesoro de los diccionarios históricos de la lengua española*. Recuperado el 13 de julio de 2026 de https://www.rae.es/tdhle/aduana.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (s.f.). *Aduana.* En *Diccionario prehispánico del español jurídico*. Recuperado el 13 de julio de 2026 de https://dpej.rae.es/lema/aduana.

RINALDI, N. (2007). *Lecciones ampliadas de Derecho Romano* (p. 340). Ediciones del País.

TAU ANZOÁTEGUI, V. (1992). *Casuismo y Sistema*. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

TORRENT RUIZ, A. (2024). *Publicani y familiae publicanorum*. Aspectos penales y procesales. II. *RIDROM*, (32), 601-666.

TORRENT RUIZ, A. (2016). Pactiones, publicani y leges censoriae. En G. LUCCHETTI (Coord.). *Derecho de obligaciones. La importancia del derecho romano en la época contemporánea: Actas del XVII Congreso internacional y XX Congreso iberoamericano de derecho romano*. Università di Bologna.

ZAMORA MANZANO, J. L. (2009). *Algunos aspectos sobre el régimen fiscal aduanero en el Derecho Romano: Reglamentación jurídica del* portorium*, control de mercancías y comiso por fraude fiscal*. Dykinson.

El hórreo como espacio jurídico de custodia y depósito en el derecho romano

Ana Vázquez Lemos[1234]

I. Introducción

Este trabajo analiza el papel jurídico y económico de los hórreos en el derecho romano, destacando su relevancia como espacios de custodia, almacenamiento y seguridad de bienes de diversa naturaleza. En primer lugar, se subraya su función en las operaciones financieras, especialmente en relación con los *argentarii*, cambistas. Estos profesionales, además de conceder créditos, cambiar moneda o intervenir en subastas, utilizaban los hórreos para guardar dinero y documentación contable, lo que los convertía en elementos esenciales para la actividad bancaria y para la realización de pagos y depósitos de terceros. No obstante, estas prácticas no se limitaban a profesionales, pues también los ciudadanos particulares y miembros de los órdenes senatorial y ecuestre desarrollaban actividades financieras similares.

[1234] Abogada, Doctora en Derecho y Magister en Abogacía (Universidad de Vigo).

En el segundo término, se examina la función de los hórreos como lugares de almacenamiento de provisiones y alimentos. Diversos pasajes de Digesto muestran que en ellos se guardaban trigo, vino, aceite y otros productos, tanto para el abastecimiento doméstico como para integrar el caudal hereditario. Los juristas consideraban que estos bienes, aun cuando se perdieran por incendio o corrupción, se entendían adquiridos en beneficio del propietario. Asimismo, se destaca la obligación de tutores y administradores de custodiar los bienes del pupilo en hórreos, pues su omisión podía generar responsabilidad por negligencia.

El texto aborda también la relación entre los hórreos y los contratos, especialmente la *stipulatio*. Cuando el objeto de la estipulación eran bienes genéricos almacenados en un hórreo (vino, trigo o aceite), los juristas entendían que se trataba de una cosa incierta, debido a la falta de determinación exacta en cantidad o calidad, sin que ello afectara a la validez del contrato.

Por otro lado, se analiza la acción de exhibición como instrumento de proceso para identificar mercancías depositadas en hórreos arrendados, permitiendo preparar acciones reales contra los arrendatarios, herederos o *horrearius*.

Finalmente, se estudian los aspectos penales de la custodia. El hurto parcial de bienes almacenados no implicaba el hurto de la totalidad, y la apertura clandestina de hórreos podía acarrear graves consecuencias, incluso la denegación de la manumisión testamentaria. Todo ello confirma que los hórreos eran considerados lugares especialmente seguros y valiosos, cuya vigilancia correspondía al *praefectus vigilum*, dada su importancia para la protección del patrimonio.

II. Hórreo y custodia de dinero y documentos

También se realizaban en Roma importantes operaciones financieras

en las que el hórreo jugaba un importante papel como lugar de custodia y almacenamiento. Dice D. 2. 13. 6 Ulp. 4: "Si algún cambista tuviere, como la mayor parte de ellos, la documentación en su casa de campo, o en el hórreo, o te llevará a aquel lugar, o te dará copiadas las cuentas".[1235]

En este fragmento en concreto se hace referencia a los *argentarii.* Este oficio se ejercía por negociantes individuales o por *mensae argentariae, societates argentariorum.*

No obstante, las actividades financieras no solo se llevaban a cabo por agentes o intermediarios profesionales, sino también por ciudadanos particulares y capitalistas pertenecientes al orden senatorial o ecuestre.

Los *argentarii*[1236] no dejaban de ser cambistas privados, pero hay que tener en cuenta una cosa. Además de las funciones habituales de concesión de créditos, el cambio de monedas, la participación en subastas o la determinación de la calidad del dinero, también desempeñaban un rol destacado en la custodia del dinero depositado por otras personas y en la realización de pagos en nombre de terceros. De ahí la importancia para estos profesionales de los hórreos, que funcionaban como almacenes donde podían guardar tanto la documentación relativa a todas las operaciones financieras, en las que en mayor o en menor medida tenían algún tipo de intervención, como el dinero que era depositado por sus respectivos clientes, ya fuese en concepto de depósito o de pago de un préstamo.

[1235] "*Si quis argentariis, ut plerique eorum, in villa habeat instrumentum vel in horreo, aut ad locum te perducet aut descriptas rationes dabit".*

[1236] GIL GARCÍA, O. (2021). La función de los *argentarii* en la subasta romana. En J. GARCÍA SÁNCHEZ (Dir.). *Fundamentos del Derecho Romano Contemporáneo* (pp. 335-351). Boletín Oficial del Estado.

III. Hórreo y custodia de provisiones y alimentos

Por otro lado, el D. 33, 9, 7, Scaev. 3 afirma:

> Quiero que todas mis provisiones les pertenezcan a mi madre y a mis hijos, que están con mi madre; pregunto, si diciendo los tutores del pupilo que se deben solamente aquellas provisiones, que hubiese en el cenáculo, pero habiendo también ánforas en los hórreos, se deberán también éstas. Respondió, que se debía todo lo que por causa de uso 2de provisiones hubiese tenido en cualquier parte.[1237]

Queremos destacar la referencia que hace Escévola a los almacenes u hórreos como lugares donde se guardaban alimentos para el aprovisionamiento, entre ellos el contenido de las ánforas (de vino, aceite, etc.).[1238]

[1237] "*Penum meam omnem ad matrem liberosque meos, qui cum matre sunt, pertinere volo. quaero, si tutores pupilli eam solummodo penum deberi, quae in caenaculo esset, dicant, sint autem et in horreis anphorae amphorae, an hae quoque deberentur. respondit, quidquid penoris usus causa ubicumque habuisset, deberi*".

[1238] Las ánforas se empleaban para el almacenamiento de alimentos. Evolucionaron a partir de las grandes vasijas *pithoi* de la Edad de Bronce convirtiéndose en la más común de las formas cerámicas del mundo antiguo. Una de las funciones principales de las ánforas era el almacenamiento de vino, aunque también podían almacenar aceite, miel, leche, aceitunas, pescado y alimentos secos. No es de extrañar la mención a este tipo de recipientes en relación con los hórreos o almacenes. Éstos podían ubicarse en el patio central de alguna propiedad y por lo tanto la custodia de alimentos para la familia no sería una función extraña a este tipo de construcción. Por otro lado, en los puertos romanos también se encontraban situados este tipo de almacenes por lo que, de nuevo, no sería de extrañar que se empleasen para almacenar las mercancías de carga y descarga del puerto.

Los alimentos almacenados por el causante en los hórreos presumiblemente de su propiedad debían integrarse en el caudal hereditario, lo que permite deducir que este tipo de construcciones se podían emplear por sus titulares no solo para el almacenamiento de objetos valiosos, sino también para la custodia de vino, aceite y demás productos alimenticios.

Otro pasaje del Digesto que pone de relieve la posibilidad de almacenar alimentos en hórreos particulares lo tenemos en D. 15, 3, 3, 7 Ulp. 29: "Por lo que se dice con razón, que también si el esclavo compró trigo para mantener la familia del señor, y lo puso en hórreo del señor, y se perdió; o se corrompió, o se quemó, se entiende que se invirtió en su provecho".[1239]

Este texto describe una situación en la que un esclavo compró trigo con el propósito de alimentar a la familia de su amo. El trigo comprado por el esclavo fue almacenado en el hórreo del señor, sin embargo, y desafortunadamente, el trigo se perdió, se corrompió o se quemó, haciéndolo inadecuado para el consumo.

Ulpiano explicó que, a pesar de la pérdida, se consideró que el dinero invertido en la compra del trigo fue en beneficio del amo. Esto significa que, aunque el trigo no se utilizó como esperaba debido a la pérdida de la inversión realizada por el esclavo, sigue considerándose como hecha en interés y provecho del amo.

Y en el caso del tutor, debe cuidar especialmente las cosas del pupilo, guardándolas en un hórreo, para no ser responsable por negligencia, como se dispuso en C. 5, 38, 3: "Si como aseveras, fueron consumidas por el fuego en tu casa cosas del pupilo que debiste tener guardadas en un hórreo o aun vender, con razón poco plausible

[1239] "*Unde recte dicitur et si frumentum comparavit servus ad alendam domini familiam et in horreo dominico reposuit et hoc periit vel corruptum est vel arsit, videri versum".*

pretendes que tu culpa o descuido no redunde en perjuicio tuyo sino en el de tu pupilo".[1240]

El problema que se plantea es que algo de valor perteneciente a un pupilo se había quemado en casa de su tutor, lo que indicaba un descuido o negligencia de su parte.

El texto dice que debió haber guardado los bienes en un lugar seguro como un hórreo, o incluso haberlos vendido de ser necesario. Se refuerza el papel del hórreo como lugar seguro para la custodia de bienes del patrimonio personal.

IV. Hórreo y bienes objeto de estipulación contractual

Afirma el D. 45, 1, 75, 5 Ulp. 22: "Pero el que estipula el vino, o el aceite, o el trigo, que hay en el hórreo, se entiende que estipula cosa incierta".[1241]

Este fragmento hace referencia a un aspecto concreto relacionado con la estipulación contractual de determinados bienes genéricos que se pueden identificar por estar ubicados en un determinado almacén u hórreo.

La estipulación era un tipo de contrato verbal y formal por el que se prometía a otro la realización de una determinada prestación. En este contexto, el objeto de debate del párrafo antes transcrito era

---

[1240] "*Si res pupillares, quas horreo conditas habere aut etiam venumdare debuisti, in hospitio tuo, ut adseveras, vi ignis absumptae sunt, culpam seu segnitiam tuam non ad tuum damnum, sed ad pupilli tui spectare dispendium minus probabili ratione deposcis*".

[1241] "*Sed qui vinum aut oleum vel triticum, quod in horreo est, stipulatur, certum stipulari intellegitur*".

cómo se debía interpretar una estipulación cuando se refería a bienes genéricos que estaban en un hórreo. Ulpiano dice que si alguien estipulaba que recibiría vino, aceite o trigo que estaba en un hórreo, se debía interpretar que estaba estipulando una cosa incierta.

La referencia a los bienes almacenados en un hórreo planteaba precisamente la problemática de la falta de concreción de las mercancías por peso, número o medida. No se especificaba la cantidad o qué parte específica de los bienes almacenados se estaba estipulando.

En los contratos romanos, la certeza del objeto del negocio jurídico era una cuestión fundamental. Dado que un hórreo podía contener distintas cantidades y calidades de productos en diferentes momentos, la falta de precisión sobre la que recae la estipulación no afectaba a la validez del contrato, sino que se consideraba estipulación incierta, siendo objeto de la prestación todo el trigo, el vino o el aceite que estuviese en el hórreo.

En relación con el mismo caso tenemos otro texto de Ulpiano, D. 45, 1, 75, 6 Ulp. 22:

> Mas el que así estipula de Ticio: "¿Prometes dar lo que me debe Seyo?" y el que estipula así: "¿Prometes dar lo que me debes por virtud del testamento" comprenden en la obligación cosa incierta, aunque Seyo deba cosa cierta, o aunque en virtud del testamento se deba cosa cierta, aun cuando estos casos difícilmente se puedan separar del que expusimos relativo al vino, o al aceite, o al trigo que se halla guardado en el hórreo. Y aún ocurre, que se considera que los fiadores prometen una cosa cierta, si es que también aquel, por quien se obligan, debe una cosa cierta, cuando por lo demás, sean así interrogados: "¿Prometes que esto queda bajo tu fe?".[1242]

[1242] *Qui vero a Titio ita stipulatur: "quod mihi Seius debet, dare spondes?" et qui ita stipulatur: "quod ex testamento mihi debes, dare spondes?", incertum in obligationem deducit, licet Seius certum debeat vel ex testamento certum debeatur. quamvis istae species vix separari possint ab ea, quam proposuimus de vino vel*

Ulpiano dice que también es incierta la estipulación en la que no consta la cantidad cierta que se debe, por ejemplo, "¿Prometes los que me debe Seyo?" (o lo que me debes por testamento). Ulpiano compara esos casos con el anterior, en el que la *stipulatio* se refiere al almacenamiento de vino, aceite o trigo. Se trataría de la misma estipulación incierta.

V. La acción de exhibición de las mercancías depositadas en los hórreos arrendados

Como ya se ha visto, los hórreos privados o públicos podían destinarse al depósito de mercancías y gestionarse a través de un contrato de arrendamiento con distintas obligaciones para las partes implicadas. Quienes los gestionaban o arrendadaban podían ser demandados por medio de una acción de exhibición, que servía para preparar una acción real, por ejemplo, la acción serviana, para perseguir las cosas pignoradas, o la acción reivindicatoria del propietario contra su poseedor, o contra el heredero para la vindicación de un legado. Con la acción de exhibición se trataba de identificar con precisión las cosas que serán objeto de una acción real.

Nos describe este caso Ulpiano en D. 10, 4, 5, Ulp. 24:

> Escribe Celso: si alguno depositó en un hórreo las mercancías, cuyo transporte tomó en arrendamiento, puede ejercitarse la acción de exhibición contra el arrendatario. Asimismo, si muerto el arrendatario, quedase su heredero, se ha de ejercitar la acción contra el heredero. Pero si nadie fuese

---

oleo vel tritico, quod in horreo repositum est: et adhuc occurrit, quod fideiussores certum videntur promittere, si modo et is, pro quo obligentur, certum debeat, cum alioquin ita interrogentur:"id fide tua esse iubes?".

> heredero, se ha de ejercitar la acción contra el *horrearius*, porque dice, que, si por ninguno son poseídas, la verdad es que, o que las posee el *horrearius*, o que ciertamente él es quien puede exhibirlas. Pregunta el mismo, ¿más de qué modo las posee el que tomó en arriendo su transporte? ¿Acaso porque las tiene en prenda? Cuya especie manifiesta, que también los que tienen posibilidad de exhibir, están obligados a la exhibición.[1243]

En este pasaje del Digesto Ulpiano describe la opinión del jurista Celso en relación de la acción de exhibición en el contexto de las mercancías depositadas en un hórreo, cuyo transporte se había acordado bajo la modalidad de arrendamiento. En el caso de que se necesitase la exhibición de estas mercancías, es decir, que se mostrasen o entregasen, se podía ejercer una acción de exhibición contra el arrendatario del transporte, el transportista. Si el arrendatario hubiese fallecido, se ejercitaría la acción contra su heredero. Y si no había herederos, entonces la acción de exhibición podía dirigirse contra la persona que gestiona o arrienda el hórreo, el *horrearius*, que es el que puede exhibirlas. Celso aclara que en el caso del transportista no es que posea las mercancías, sino que debe exhibirlas porque está en condiciones de hacerlo.

[1243] *Celsus scribit: si quis merces, quas exvehendas conduxit, in horreo posuit, cum conductore ad exhibendum agi potest: item si mortuo conductore heres existat, cum herede agendum: sed si nemo heres sit, cum horreario agendum: nam si a nullo, inquit, possidentur, verum est aut horrearium possidere aut certe ille est, qui possit exhibere. idem ait: quomodo autem possidet qui vehendas conduxit? an quia pignus tenet? - quae species ostendit etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri.*

VI. El delito de hurto de una parte de los bienes almacenados

En epígrafes anteriores se ha visto que los juristas romanos han articulado un sistema de responsabilidad en relación con la destrucción de las cerraduras y el robo de los bienes almacenados, de las cuales el arrendador no era responsable, salvo que expresamente se hubiese pactado que asumía la responsabilidad por custodia.

Ahora bien, el Digesto contiene fragmentos más específicos que no se ciñen tanto a la imputación de la responsabilidad como a la extensión de los efectos del delito a la totalidad o una parte de los bienes.

Afirma D. 47, 2, 21, 5 Paul. 40:

> pero si de una nave cargada hubiere, alguien tomado por hurto un sextario de trigo, ¿habrá cometido hurto de toda la carga o solamente del sextario? Esto más bien se pregunta tratándose de un hórreo lleno; y es duro decir que se comete hurto de la totalidad. ¿Y qué se dirá, si fuese una cisterna de vino, o de agua? ¿Qué diremos del que saca vino? ¿Será acaso ladrón de toda la carga? Y es más cierto que también en este caso digamos que no lo es de la totalidad.[1244]

En este texto Paulo planteó una cuestión jurídica sobre la responsabilidad en los casos de hurto cuando se hubiere tomado solo una parte de las mercancías almacenadas. La pregunta se centraba en si el hurto de una pequeña cantidad de un cargamento (sextario de

[1244] "*Sed si de navi onerata furto quis sextarium frumenti tulerit, utrum totius oneris an vero sextarii tantum furtum fecerit? facilius hoc quaeritur in horreo pleno: et durum est dicere totius furtum fieri. et quid si cisterna vini sit, quid dicet? aut aquae cisterna? quid deinde si nave vinaria (ut sunt multae, in quas vinum effunditur), quid dicemus de eo, qui vinum hausit? an totius oneris fur sit? et magis est et, ut et hic non totius dicamus*".

trigo) debía considerarse como un hurto de toda la carga o solo de una parte sustraída.

En el contexto de un hórreo lleno de trigo, sería problemático considerar que el hurto de una pequeña cantidad implicaba el hurto de toda la carga del hórreo. La dificultad estribaba en la naturaleza del bien sustraído (mercancías) y en cómo se valoraba la totalidad de la carga en relación con la parte robada.

La cuestión también era relevante en caso de hurto en una cisterna llena de vino o agua. De conformidad con el texto, y a tenor de la respuesta dada por Paulo, en casos como el de la cisterna, el hurto de una cantidad de vino no debía considerarse como un hurto de toda la carga.

En definitiva, la solución dada por Paulo era que el hurto de una pequeña cantidad no debía considerarse automáticamente como un hurto de toda la carga, sino que debía evaluarse caso por caso, considerando la naturaleza y el contexto del bien sustraído.

Otro pasaje que analiza el delito de hurto en relación con las mercancías almacenadas en los hórreos lo tenemos en D. 47, 2, 21, 6 Paul. 40: "Ciertamente que si dijeras que en la dispensa había ánforas de vino, y que fueron sustraídas, se comete hurto de cada una, no de toda la despensa, a la manera que si de muchas cosas muebles encerradas en el hórreo hubiere tomado una".[1245]

Dice Paulo en este pasaje que si alguien robaba ánforas de vino de un hórreo, el hurto se consideraba hecho de cada ánfora individualmente, no de todo el hórreo en su conjunto. Es decir, la acción de hurto abarcaba cada una de las ánforas específicamente, igual que si de todas las cosas muebles encerradas en el hórreo hubiese tomado solo una.

[1245] "*Certe si proponas in apotheca amphoras esse vini easque subtractas, singularum furtum fit, non totius apothecae, quemadmodum si ex pluribus rebus moventibus in horreo reclusis unam tulerit*".

VII. Responsabilidad por apertura clandestina de los hórreos

El D. 40, 7, 40 recoge un caso particular de responsabilidad por la apertura clandestina de los hórreos y sustracción de las cosas que contenían.

Así, señala, que

> se le dio así a Stico la. libertad: "Les pido a mis herederos, y encomiendo. a su fidelidad, que manumitan á Stico habiendo rendido las cuentas"; se preguntó, adeudando considerables cantidades, sobradas después de la muerte del testador, que le habían sido encomendadas, y no habiendo incluido en las cuentas algunas sumas cobradas de los colonos, y habiendo despojado la herencia abriendo clandestinamente los hórreos y habiendo sustraído el ajuar y los vestidos, y habiendo vaciado las despensas,[1246] si no se le deberá

[1246] La expresión "vaciado de despensas" (*apothecis exhaustis)* resulta muy interesante puesto que está haciendo referencia a otros lugares de almacenamiento utilizados por los romanos. La cuestión es por qué se emplea el vocablo *apotechis* y no *horreis* como sinónimo de despensa si sabemos que los hórreos podían utilizarse como lugares de almacenaje de alimentos. El término apoteca equivalía a farmacia o botica y a su vez provenía de la voz griega *apotheka* como almacén o tienda de víveres. Sin embargo, estas apotecas, al igual que los hórreos eran espacios o habitaciones utilizadas para el almacenamiento de bebidas y otros suministros dentro de las casas romanas, especialmente en las viviendas más grandes y acomodadas, como las villas. Eran precisamente, lo equivalente a las despensas modernas. Parece así que, en el texto antes transcrito, se está haciendo una clara diferenciación entre los hórreos como lugares de almacenamiento de grano y las apotecas como lugares de almacenamiento de todo lo demás, alimentos en general, vino, aceite de oliva, trigo, cebada, habas, lentejas, garbanzos, frutos secos, salazones y conservas, especias y hierbas aromáticas, miel, vinagre utensilios de uso diario etc. En realidad, la diferencia estribaría no tanto en lo

> dar la libertad dejada. por fideicomiso antes que haya reintegrado lo que quedó debiendo por su mala administración, y lo que hurtó. Respondió, que no se le ha de dar la libertad dejada por fideicomiso antes que hubiese restituido los atrasos, y todo lo que por causa de él faltase.[1247]

En este párrafo se relata cómo el propietario de un esclavo recogió una cláusula testamentaria por la que ordenó a sus herederos que manumitiesen a su esclavo Stico una vez que éste hubiese rendido las cuentas de los asuntos que su dueño le había dejado a cargo, en particular la gestión de las cuentas pendientes.

No obstante, Stico, después del fallecimiento de su dueño, decidió hacer una serie de gestiones cuestionables que incluirían la apertura clandestina de hórreos. La relevancia de este pasaje estriba en que la apertura clandestina de almacenes (entre otras muchas cuestiones) para los juristas clásicos, y en particular para Scaévola, podía ser una causa de denegación de la manumisión estipulada en testamento.

---

que se almacenaba en un sitio o en otro tratándose de una casa particular, sino en el tamaño del lugar de almacenamiento. Ver SÁNCHEZ LÓPEZ, E. H.; & LOS SANTOS BUSTAMANTE ÁLVAREZ. M. (2019). *Arqueología romana en la península ibérica.* Universidad de Granada.

[1247] *"ab heredibus meis peto fideique eorum committo, ut rationibus redditis Stichum manumittant". quaesitum est, cum ampla pecunia exacta post mortem testatoris sibi commissa reliquetur et quasdam summas a colonis exactis rationibus non intulerit hereditatemque spoliaverit apertis clam horreis sublatisque supellectili et veste et apothecis exhaustis: an non prius ei fideicommissa libertas debeatur, quam ea, quae mala ratione reliquatus est quae furatus est, reposuerit. respondit non prius ei fideicommissam libertatem praestandam, quam et reliqua et omnia, quae per eum abessent, restituisset".*

VIII. Custodia de los hórreos

Los hórreos eran lugares donde se podían guardar con seguridad no solo mercancías, sino bienes de extraodinario valor.

Esto aparece confirmado por Escévola en D. 33, 7, 20:

> Habiéndose legado provistas unas casas, no se encontró en las casas al tiempo de la muerte de Ticia la cama recubierta de plata sobredorada, sino guardada a la sazón en los hórreos; preguntó, si también deberá. ser entregada. Respondió, que si hubiese solido estar en la casa, y para que se tuviese en lugar más seguro hubiese sido llevada interinamente a los hórreos, esto no obstante, se habrá de entregar.[1248]

Se hace mención expresa de los hórreos como lugares de custodia de objetos de valor, en este caso de una cama recubierta de plata. Resulta evidente que la sociedad romana consideraba los hórreos como lugares seguros donde depositar sus objetos más preciados, cumpliendo una función de protección del patrimonio y de la herencia.

Por este motivo, la vigilancia de los hórreos contra delitos y saqueos era una de las funciones del *praefectus vigilum*, según nos informa Paulo en D. 1, 15, 3, 2 Paul. l:

> Los descerrajamientos se hacen por lo general en las casas aisladas y en los hórreos, donde guardan los hombres la parte más preciosa de sus fortunas; cuando se descerraja o una alacena, o un armario, o un arca, son castigados también de ordinario los guardianes, según resolvió el Divino Antonino en rescripto dirigido a Ericio. Claro. Pues dijo, que tratándose de hórreos

[1248] "*Instructis domibus legatis crabattus argento inaurato tectus mortis Titiae tempore in domibus non est repertus, sed in horreis tantisper conditus: quaero, an is quoque praestandus sit. respondit, si in domo esse soleret et quo tutiore loco haberetur, interim in horreo allatus esset, nihilo minus praestandum".*

> descerrajados podía éste investigar a sus guardianes esclavos, como si en aquellos hubiera alguna porción del mismo Emperador.[1249]

Estaba encargado especialmente el *praefectus vigilum*, responsable de la paz y el orden nocturno, de los casos en que se descerrajaban los hórreos, por ser el lugar en que se almacenaban mercancías especialmente valiosas.

IX. Referencias

GIL GARCÍA, O. (2021). *La función de los argentarii en la subasta romana*. En J. GARCÍA SÁNCHEZ (Dir.). *Fundamentos del Derecho Romano Contemporáneo.* Boletín Oficial del Estado.

SÁNCHEZ LÓPEZ, E. H., & LOS SANTOS BUSTAMANTE ÁLVAREZ. M. *Arqueología romana en la península ibérica,* Universidad de Granada, 2019.

Digesto

D. 1, 15, 3, 2 (Paulus, *liber singularis de officio praefecti vigilum*)

D. 2, 13, 6 (Ulpianus, *liber IV ad edictum*)

[1249] D. 1, 15, 3, 2 Paul. l. s. de off. praef. vig *Effracturae fiunt plerumque in insulis in horreisque, ubi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt, cum vel cella effringitur vel armarium vel arca: et custodes plerumque puniuntur, et ita divus Antoninus Erucio Claro rescripsit. ait enim posse eum horreis effractis quaestionem habere de servis custodibus, licet in illis ipsius imperatoris portio esset.*

D. 10, 4, 5 (Ulpianus, *liber XXIV ad edictum*)

D. 15, 3, 3, 7 (Ulpianus, *liber XXIX ad edictum*)

D. 33, 7, 20, 8 (Scaevola, *liber III responsorum*)

D. 33, 9, 7 (Scaevola, *liber III responsorum*)

D. 40, 7, 40 (Scaevola, *liber XXIV digestorum*)

D. 45, 1, 75, 5 (Ulpianus, *liber XXII ad edictum*)

D. 45, 1, 75, 6 (Ulpianus, *liber XXII ad edictum*)

D. 47, 2, 21, 5 (Paulus, *liber XL ad Sabinum*)

D. 47, 2, 21, 6 (Paulus, *liber XL ad Sabinum*)

Codex Iustinianus

C. 5, 38, 3 (Philippus Augustus et Philippus Caesar, rescripto ad Gratianum).

UFLO
UNIVERSIDAD

El presente libro recupera las ponencias presentadas en el XII Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano organizado por la Facultad de Derecho de UFLO Universidad y el Instituto de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina "Dr. Ángel Enrique Lapieza Elli" los días 31 de octubre y 1 de noviembre de 2025.

El evento se realiza de forma anual en UFLO Universidad, donde reconocidos expertos tratan distintas aproximaciones a la problemática que los reúne.

ISBN 978-987-718-135-5